

CLÁUSULA COMPROMISORIA - Obligatoriedad - Irrenunciabilidad - Inexistente - Amigable composición - Competencia de la jurisdicción contencioso administrativo

La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en relación con la naturaleza vinculante de la cláusula compromisoria que los extremos contractuales decidan incorporar en sus negocios jurídicos en virtud de la cual convienen asignar a la justicia arbitral la jurisdicción y la competencia para decidir las controversias que surjan de su celebración, ejecución y liquidación, cuestión que no puede ser desconocida por las partes a través de su renuncia tácita. (...) De la lectura de la cláusula en referencia, la Sala no desprende de su literalidad la verdadera existencia de una cláusula compromisoria con la virtualidad para desplazar el conocimiento del asunto a la jurisdicción arbitral. En efecto, a pesar de que en su contenido se hizo alusión a la conformación de un tribunal de arbitramento, ciertamente de la metodología consignada para su integración se establece que el mecanismo de solución de conflictos allí implementado, dado su carácter auto compositivo que involucraba la intervención de las partes en conflicto en orden a resolver la controversia, se asemeja más a la figura de una amigable composición, situación que, como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación, en modo alguno anularía la competencia de esta jurisdicción.

ARBITRAMENTO TÉCNICO - Competencia del juez

De entender que la cláusula en comento contuvo la intención de someter las controversias a un tribunal de arbitramento, igualmente habría que decirse que, al parecer, el objeto de la materia cuyo conocimiento se le asignaría versaría exclusivamente sobre aspectos técnicos y no jurídicos, si se tiene en cuenta que para la definición del eventual debate se previó la mediación de una sociedad científica o especializada en el tema en conflicto.(...) Así las cosas, incluso bajo la comprensión de que se trata de un arbitramento técnico, debe concluirse que tal circunstancia no suprime la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para resolver el litigio que en esta oportunidad se pone a consideración de la Sala.

PRUEBA DOCUMENTAL - Valor probatorio - Actas de conciliación - Actas de comité

Esta Subsección ha sentado su postura acerca de la imposibilidad de valorar las actas de conciliación o las actas del comité de defensa y conciliación de las entidades públicas como una prueba documental con la virtualidad de acreditar, por cuenta de su contenido, la efectiva ocurrencia de los supuestos de hecho en que se fundamentan las pretensiones. Es así como en varios pronunciamientos se ha referido a la inviabilidad jurídica de tener por demostrado, a partir de la manifestación del consentimiento para conciliar que una entidad pública deposita en un acta de comité de conciliación, los hechos relacionados con el referido convenio que posteriormente se le imputen dentro de un proceso judicial, consideraciones que en este caso y por las mismas razones que allí se han expuesto deben hacerse extensivas al caso concreto.

EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTATO - Noción - Desequilibrio - Causas - Hecho del príncipe - Ius Variandi

La conservación del sinalagma prestacional propende por asegurar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y que le sirvieron de cimiento a la misma. En ese sentido, ha sostenido que dicha equivalencia puede verse afectada ya fuere por factores externos a las partes cuya ocurrencia se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión o por diversas causas que pueden resultar atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como "Hecho del Príncipe" o "Ius variandi", dependiendo de la entidad de donde emanen, pero que no se derivan de la conducta antijurídica del extremo público contratante.

INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Noción - Inobservancia contrato - Inobservancia Pliego de condiciones - Desconocimiento principios - principios

El incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo negocial, infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato. Cabe agregar que la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la inobservancia de las estipulaciones contenidas en el texto contractual, sino en todos los documentos que lo integran, tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo jurídico. Así mismo, tiene ocurrencia cuando la actuación de las partes desconoce el catálogo de principios que orientan la contratación estatal y que igualmente se entienden incorporados en la relación jurídica bilateral.

EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO - INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Diferencias

Se recuerda que esta Subsección se ha ocupado de puntualizar las múltiples diferencias que existen entre la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato y la figura del incumplimiento contractual, así como los efectos que de uno y otro caso se desprenden. (...) Aunque las figuras analizadas obedecen a causas diferentes y tienen consecuencias distintas, la jurisprudencia de esta Subsección ha reconocido que en algunas oportunidades las decisiones judiciales han adoptado posturas que permiten identificar impropiaamente el incumplimiento contractual como causa de la ruptura económica del contrato.

PLANEACIÓN - Principio - Estudios previos

Se refleja de forma palmaria la inobservancia del principio de planeación por parte de la entidad pública, postulado que le imponía el deber de precaver durante la etapa precontractual y no luego de celebrado el negocio jurídico, la disponibilidad de los predios en donde se habrían de ejecutar las obras objeto del contrato y, naturalmente, la apropiación de los recursos necesarios y suficientes que, a título de anticipo, entregaría al contratista para la financiación el proyecto.

MAYOR PERMANENCIA EN LA OBRA - Transcurso del tiempo

Como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección Tercera, el solo transcurso del tiempo no constituye una circunstancia que por sí sola sea suficiente para presumir la efectiva causación de los perjuicios que por ese concepto se deprecian. Resulta indispensable acreditar los mayores costos en los cuales el contratista habría de incurrir, producto de la mayor permanencia, lo cual, en este caso, no se probó.

PLAZO - Ampliación - Incide en contrato

[A]un cuando las circunstancias analizadas como causantes de retraso resultaron imputables al contratista, lo cierto es que en la prolongación del plazo también incidió en gran medida la ocurrencia de hechos atribuibles a la entidad pública concretados, esencialmente, en la ausencia de planos y diseños completos y adecuados y la falta de recursos para hacer los desembolsos correspondientes a los pagos del proyecto.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 73001-23-00-003-1999-01046-01(51341)

Actor: CONSORCIO CONSTRUCCIONES SIGMA LIMITADA VALDIVIESO FRANCO ASOCIADOS LIMITADA

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE ADECUACIÓN DE TIERRAS INAT

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Temas: EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO E INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL – Diferencias / MAYOR PERMANENCIA EN OBRA – Ampliación del plazo contractual – necesidad de la prueba de los perjuicios / EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES NO RECONOCIDAS – procede su pago / INOPERANCIA DE FÓRMULA DE REAJUSTE – Falta de prueba de impacto económico negativo.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia del once (11) de marzo de dos mil catorce (2014), dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO: DECLÁRESE la ruptura del equilibrio económico del contrato No. 393 (sic) suscrito entre el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras y el consorcio construcciones SIGMA Ltda. – Valdivieso y Franco Asociados y Compañía Ltda., integrado por las empresas Construcciones Sigma Ltda. y Valdivieso y Franco Asociados y Compañía Ltda., cuyo objeto fue la construcción, por el sistema de precios unitarios, de la conducción Jardín – Guaduas del K5+600 al K8+430, el carretable de mantenimiento y sus obras complementarias en el distrito Coello, Regional No. 12, Departamento del Tolima.

“SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a fin de restablecer el equilibrio económico del contrato, CONDENÉSE al Instituto Nacional de Adecuación de Tierras en Liquidación, Ministerio de Agricultura o a la entidad que lo haya sucedido en el cumplimiento de sus obligaciones, conforme lo indicado en esta sentencia, al pago de las siguientes sumas de dinero a favor de las empresas Construcciones Sigma Ltda. y Valdivieso y Franco Asociados y Compañía Ltda. como integrantes del Consorcio Construcciones Sigma Ltda.- Valdivieso y Franco Asociados y Compañía Ltda., así:

“- CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MILLONES CINCUENTA Y SIETE MIL CIENTO NOVENTA PESOS (\$484'057.190), derivado de la mayor permanencia en obra conforme a lo indicado en esta sentencia.

“- VEINTIOCHO MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (sic) (\$28'599.462.8) por concepto del reajuste no pagado del acta No. 18, conforme a lo indicado en la parte motiva de esta sentencia.

“TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con los argumentos expuestos en este proveído”.

“(...)”.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 3 de junio de 1999 las sociedades Construcciones Sigma Ltda. y Valdivieso y Franco Asociados y Compañía Ltda., en calidad de integrantes del consorcio que lleva ese mismo nombre, presentaron demanda¹, en ejercicio de la acción contractual, en la cual solicitaron que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

Que se declarara que el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras, posteriormente denominado Instituto Nacional de Adecuación de Tierras INAT en Liquidación incumplió el Contrato de Obra No. 313 de 1993 y consecuentemente que se le condenara al pago de los perjuicios de todo orden causados a la parte demandante, junto con su actualización monetaria y los intereses procedentes.

Que se declarara que durante la ejecución del Contrato No. 313 de 1993 se presentaron situaciones imprevistas que alteraron su equilibrio económico creando una excesiva onerosidad para el cumplimiento de las prestaciones a cargo de la demandante. Como consecuencia, solicitaron el reconocimiento de los sobrecostos originados por esas causas.

¹ La demanda fue corregida mediante escrito del 6 de diciembre de 1999, en el cual se condensó el texto introductorio definitivo (folios 534-626 C1).

Que se revisara judicialmente el Contrato No. 313 de 1993 y se declarara que la fórmula de reajuste de precios que se incluyó en dicho convenio no compensó el aumento de los costos de construcción presentados entre la época del cierre de la licitación y aquella en la que se ejecutaron las obras objeto del contrato. Como resultado de lo anterior, solicitaron que se condenara a la demandada a pagar los valores necesarios para restablecer el equilibrio alterado.

Finalmente, que se declarara que durante la ejecución del Contrato No. 313 de 1993 se realizaron trabajos adicionales a los contemplados dentro de su objeto, los cuales no fueron reconocidos ni pagados por la entidad demandada, circunstancia que generó un enriquecimiento injusto en detrimento del contratista. Con base en lo anotado, pidieron que se condenara a la entidad a pagar las obras y trabajos adicionales.

El valor de los perjuicios deprecados se describe a continuación:

Rubro del perjuicio	Fecha del valor histórico	Valor Histórico	Valor Actualizado a octubre de 1999	Interés del 12% anual hasta octubre de 1999	Total (actualizado + 12% anual)
Pérdida de oportunidad	Febrero -93	\$14'480.564	\$43'301.074	\$29'848.873	\$73'149.947
Aumento del AIU	Febrero -93	\$318'606.320	\$952'725.029	\$415'705.688	\$1.368'430.716
Inoperancia de la fórmula de reajuste	Marzo -96	\$495'640.926	\$806'986.732	\$352'115.211	\$1.159'101.943
Obra adicional de esmaltado	Febrero -93	\$198'656.576	\$594'040.608	\$259'199.719	\$853'240.327
Obra adicional de sobreacarreos de la	Febrero -93	\$52'916.913	\$158'236.872	\$69'044.022	\$227'280.894

empadrización					
Falta de ajuste definitivo del acta No. 18	Mayo-98	\$33'694.103	\$37'375.758	\$6'453.548	\$43'829.306
Total perjuicios		\$1.113'995.402	\$2.592'666.072	\$1.132'367.061	\$3.725'033.134

2. Los hechos

En el escrito de demanda, en síntesis, la parte actora narró los siguientes hechos:

2.1. El 5 de noviembre de 1992, el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras HIMAT, denominado después Instituto Nacional de Adecuación de Tierras INAT en Liquidación, ordenó la apertura de la Licitación Pública No. SAT-43-92, cuyo objeto consistió en contratar la construcción, por el sistema de precios unitarios, de la conducción Jardín – Guaduas del K5+600 al K8+430, el carretable de mantenimiento y sus obras complementarias en el distrito Coello, Regional No. 12 del departamento del Tolima.

2.2. Luego de haberse agotado todas las etapas del procedimiento de selección, el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras, luego llamado Instituto Nacional de Adecuación de Tierras INAT en Liquidación, a través de Resolución No. 07193 del 28 de diciembre de 1993, adjudicó al consorcio Construcciones Sigma Ltda. y Valdivieso y Franco Asociados y Compañía Ltda. el contrato objeto de la Licitación Pública No. SAT-43-92.

2.3. Como resultado de la referida adjudicación, el 30 de diciembre de 1993 Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras y el consorcio Construcciones Sigma Ltda. y Valdivieso y Franco Asociados y Compañía Ltda. celebraron el Contrato de Obra Pública No. 313 de 1993 con el objeto de construir, por el sistema de precios unitarios, la conducción Jardín – Guaduas del K5+600 al K8+430, el carretable de mantenimiento y sus obras complementarias en el distrito Coello, Regional No. 12, del departamento del Tolima, por un valor de \$1.904'829.433 y un plazo de ejecución de nueve meses.

2.4. Se indicó en la demanda que aun cuando la firma del acta de inicio de actividades se encontraba prevista para el 28 de febrero de 1994, llegada esa fecha las partes suscribieron el Acta de Suspensión de Términos No. 1 por período indefinido, debido a que la entidad no contaba con los recursos para pagar el anticipo al contratista.

2.5. El 2 de junio de 1994 las partes elevaron el Acta de Suspensión de Términos No. 2 por un espacio de cuatro meses, lo cual se atribuyó a que la entidad no tenía las franjas de terreno necesarias para la realización de las obras.

2.6. El 3 de octubre de 1994 los extremos co-contratantes acordaron prorrogar por seis meses el plazo para la suscripción del acta de inicio de labores, decisión que obedeció a las mismas razones anotadas anteriormente, relacionadas con la falta de terrenos disponibles.

2.7. El 3 de abril de 1995 las partes suscribieron el Acta No. 4 de suspensión del plazo, en virtud de la cual se amplió el término para la firma del acta de inicio hasta el 16 de mayo de 1995, por causa de los inconvenientes presentados por la oposición a las obras por parte de los moradores del predio "Hacienda El Badeo".

2.8. El 5 de abril de 1995 las partes elevaron el acta de entrega de zonas para la construcción de las obras del canal Jardín – Guaduas y el 17 de mayo del mismo año suscribieron el acta de inicio de actividades.

2.9. El 19 de julio de 1995 las partes suscribieron el Contrato Adicional No. 1 al Contrato No. 313, con la finalidad de aumentar el valor del anticipo a la suma de \$566'120.636.

2.10. De acuerdo con lo expuesto en la demanda, durante el desarrollo del contrato se presentaron situaciones imputables a la entidad demandada que dificultaron el desarrollo de la obra e hicieron más gravosa la ejecución del proyecto al contratista, que se resumen a continuación:

- En el período comprendido entre el 30 de agosto de 1995 y el 10 de septiembre del mismo año el consorcio se vio en la necesidad de realizar un estudio de suelos completo con perforaciones adicionales y superiores a 10

metros de profundidad, lo cual fue autorizado por la interventoría al encontrarse fuera del alcance del contrato. La anterior circunstancia condujo a que el inicio de la construcción de las zapatas de las pilas y las pilas de los puentes canales tuviera un retraso de 84 días.

- A pesar de que en el pliego de condiciones el área de la zona del canal se determinó en 120 metros, en realidad la zona entregada por el INAT para el desarrollo del proyecto fue de 40 metros, situación que afectó el rendimiento de la maquinaria y el equipo del contratista y ocasionó una disminución en el avance de la excavación de material común.
- Los terraplenes no pudieron ser contruidos con el material extraído de las excavaciones, por no tener las características físicas para ser utilizados. Tampoco con material de banco de préstamo, por cuanto las canteras cercanas no contaban con permiso de explotación. Por lo anterior, a través de acta de precios unitarios y cantidades de obra del 31 de enero de 1996, se varió el ítem de terraplenes con material de excavación, banco de préstamo y combinado por el ítem terraplenes y afirmados en suelo cemento. Sin embargo, se sostiene en la demanda que la aprobación de los nuevos ítemes se produjo 168 días después de haber surgido la necesidad de su cambio, cuestión que generó una demora en su ejecución y una mayor permanencia en obra.

2.11. Teniendo en cuenta los retrasos generados por las circunstancias relatadas, mediante escrito del 4 de diciembre de 1995, el consorcio solicitó a la interventoría la ampliación del plazo del contrato hasta el 30 de junio de 1996.

2.12. A pesar de lo anterior y de que, según la demandante, las causas de la demora no resultaban imputables al contratista, el INAT a través de Resolución No. 04962 del 4 de diciembre de 1995 impuso una multa en cuantía equivalente a \$16'725.206, bajo el argumento de que el desarrollo en los trabajos presentaba un atraso en la inversión.

2.13. En orden a resolver el recurso de reposición interpuesto por la compañía de seguros en contra de la anterior decisión, la entidad expidió la Resolución No. 0472 de 29 de febrero de 1996, por medio de la cual modificó la sanción impuesta y redujo la multa a \$1'163.668.

2.14. Así mismo, se esgrimió en la demanda que el contratista debió ejecutar obras adicionales a las contempladas inicialmente, tales como colocación de mortero para protección de taludes (recubrimiento esmaltado). Sin embargo, la entidad no reconoció al contratista el valor que corresponde por su ejecución.

2.15. Tampoco fueron pagados al contratista los valores por concepto de sobreacarreo correspondientes al ítem de empradización en que debió incurrir para trasladar el césped al lugar de la obra desde una distancia aproximada de 30 Km.

2.16. El 26 de junio de 1996 las partes suscribieron el acta de suspensión del plazo contractual por un mes, por causa de los inconvenientes presentados en torno a la consecución de los recursos para financiar la obra.

2.17. Por las mismas razones anotadas, la suspensión acordada se prorrogó en dos oportunidades. La primera el 26 de julio de 1996, por un mes, y la segunda, el 26 de agosto del mismo año, por un mes más.

2.18. El 20 de septiembre siguiente se reanudaron los trabajos.

2.19. El 23 de septiembre de 1996 las partes suscribieron el Contrato Adicional No. 2 al Contrato No. 103, a través del cual ampliaron su término en cuatro meses y once días, en razón a la necesidad de ejecutar mayores cantidades de obra.

2.20. Con el objeto de ejecutar mayores cantidades de obra de ítemes que inicialmente no se encontraban previstos, el 20 de noviembre de 1996 las partes suscribieron el Contrato Adicional No. 3 al Contrato No. 103, por cuyo mérito se incrementó el valor en \$415'000.000.

2.21. Sostuvo la parte actora que el INAT no reconoció en su favor el reajuste definitivo consignado en el Acta No. 18 y agregó que la fórmula de reajuste de precios incorporada en el texto contractual no reflejó el aumento de los costos de construcción presentado durante el período en que se desarrolló el Contrato No. 313.

2.22. El plazo de ejecución contractual venció el 3 de febrero de 1997.

2.23. El 11 de abril de 1997 las partes suscribieron el acta de entrega y recibo final de obras correspondientes al Contrato No. 313 de 1993.

2.24. A la fecha de presentación de la demanda el contrato no se encontraba liquidado.

3. Fundamento de derecho

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora partió de explicar desde el punto de vista legal, jurisprudencial y doctrinario las figuras del incumplimiento del contrato y de la ruptura del equilibrio económico del mismo.

En desarrollo de su argumentación advirtió que el INAT incurrió en incumplimiento de sus obligaciones relativas a la entrega oportuna de las zonas de trabajo y al suministro en tiempo de los planos detallados con la información suficiente para iniciar los trabajos de construcción. Añadió que no se realizó oportunamente la provisión de los fondos necesarios para permitir la ejecución ininterrumpida de los trabajos contratados, no se veló por el mantenimiento del equilibrio económico del contrato y no se pagó el valor de las obras y trabajos adicionales cuya ejecución fue necesaria para el correcto desarrollo de la obra.

Con base en lo anotado concluyó que al consorcio demandante le asistía el derecho a la compensación de los sobrecostos y perjuicios derivados de la prolongación del plazo contractual que tuvo origen en causas imputables a la entidad demandada.

Frente a esto último alegó que el mecanismo de reajuste de precios no tuvo la virtualidad de compensar el déficit en la remuneración recibida por el consorcio y la mayor onerosidad que le significó la ejecución del Contrato No. 313.

4. Actuación procesal

4.1. El Tribunal Administrativo de Tolima, mediante providencia del 29 de julio de 1999, admitió la demanda y ordenó notificar de la misma a la demandada. El 13 de diciembre del mismo año admitió la corrección del libelo introductorio y dispuso surtir las notificaciones de ley.

4.2. Por auto del 27 de abril de 2000 la primera instancia abrió el debate probatorio.

5. Contestación de la demanda – Instituto Nacional de Adecuación de Tierras INAT

Mediante escrito allegado dentro del término legal, el INAT ejerció su derecho de contradicción.

En primer término, se opuso a las pretensiones, por considerar que no le asistía al demandante derecho para invocarlas.

Frente a los hechos en los que se sustentó la demanda, específicamente en relación con la entrega de planos incompletos, la entidad estatal señaló que tal afirmación correspondía a una interpretación subjetiva del demandante respecto de un asunto técnico cuya solución no requería mayor esfuerzo por parte de un profesional idóneo con la capacidad suficiente para comprender la información y los datos que allí constaban.

Precisó que no era cierto el dicho del libelista de conformidad con el cual sostenía que la fórmula de reajuste no había compensado el aumento de los precios del contrato.

También explicó que aun cuando era cierto que por orden judicial se impuso una servidumbre provisional sobre una parte del lugar en donde se ejecutarían las obras, ello no significaba que el área de trabajo no resultara suficiente para la ejecución del proyecto. En este punto adujo que, de ser así, el contratista ha debido poner en conocimiento de la entidad esa circunstancia para adoptar los correctivos del caso y no esperar a que culminara el plazo contractual para elevar la respectiva reclamación.

En ese mismo punto señaló que la disminución en la franja de terreno para efectuar los trabajos no afectó su desarrollo como lo indicó el demandante, ya que varias evaluaciones revelaron que las excavaciones se llevaron a cabo sin contratiempos.

En relación con la cuarta suspensión del término contractual puso de presente que dicha determinación obedeció a la falta de terrenos que se estaba resolviendo por

el Juzgado Civil del Circuito del Guamo, pero también a la solicitud que en ese sentido elevó el contratista en oficio del 18 de abril de 1995.

Adujo que el incremento del anticipo no obedeció a la pérdida del poder adquisitivo del dinero por el transcurso del tiempo, sino a la determinación de otorgar un mayor apoyo financiero al contratista.

Agregó que la necesidad de las perforaciones adicionales estribó en las deficiencias de que adolecían las realizadas inicialmente por el contratista, lo cual había conducido a su rechazo por la interventoría. En ese sentido, explicó que tales perforaciones no podían considerarse como obras adicionales al Contrato No. 313, sino como un complemento a sus estudios iniciales que resultaron insuficientes.

Según la demanda, es cierto que durante la ejecución del Contrato No. 313, de común acuerdo, se modificaron algunos ítems, se incluyeron otros y se redujeron las cantidades que se estimaron innecesarias para concluir la obra, no obstante lo cual tales circunstancias no alteraron el equilibrio económico del contrato, habida consideración de que lo que existió fue una compensación de obras, actividad que era normal en este tipo de contratos y que no resultaba ajena al pliego de condiciones.

Aseguró que era responsabilidad del contratista buscar la fuente de materiales y no enmarcarse dentro de las sugeridas por la entidad.

Advirtió que no era cierto que en atención al diseño hidráulico del canal y al constante contacto con el agua, el acabado de los concretos para su revestimiento debiera ser liso, pues de atenderse esa interpretación, la misma exigencia habría de hacerse extensiva a todos los 17 kilómetros del canal construidos con anterioridad y tal cual se habría consignado en el pliego de condiciones. A lo expuesto sumó que debieron agotarse todos los trámites previstos para legalizar cualquier actividad no prevista, lo cual no ocurrió.

En cuanto al sobrecosto por acarreo de empradización, manifestó que era responsabilidad del contratista estimar la distancia del transporte de materiales según las especificaciones del pliego y tenerla en consideración a la hora de estructurar los precios unitarios de su propuesta.

Replicó que el acta de reajuste No. 18 se pagó con los índices correspondientes al mes de octubre de 1996 y se tuvo en consideración como acta definitiva y no provisional.

Para la demandada, resultaba ser un contrasentido que el contratista cuestionara la fórmula de reajuste de precios pactada en el contrato, pues pasaba por alto el hecho de que la misma obedeció a los parámetros establecidos en el pliego de condiciones, al cual también se sujetaron los otros proponentes que no resultaron favorecidos con la adjudicación. De allí desprendió que la fórmula de reajuste no constituía una circunstancia imprevisible que escapara a la órbita del conocimiento del contratista al momento de presentar su propuesta.

Adicionalmente, propuso las siguientes excepciones que denominó:

Carencia absoluta de derecho: Como apoyo de su oposición sostuvo que los supuestos perjuicios sufridos por el contratista se produjeron por causas imputables a él mismo.

Siguiendo esa línea, anotó que el Instituto no tenía comprometida su responsabilidad en la realización de las perforaciones adicionales, en tanto la necesidad de su elaboración residió en que la información presentada por el consorcio para la cimentación resultó insuficiente. Reiteró que las perforaciones no constituyeron obras adicionales sino un complemento al trabajo que inicialmente debía presentar el contratista.

Enfatizó nuevamente que aceptar el cuestionamiento frente a la inoperancia de la fórmula de reajuste equivaldría a modificar unilateralmente las condiciones económicas iniciales en que se apoyó la licitación pública que dio origen al contrato.

Caducidad de la acción: Fundamentó esta excepción en el hecho de que la demanda se interpuso luego de vencerse los dos años contados desde la firma del acta de recibo final de obra.

6. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Tolima accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con fundamento, esencialmente, en las siguientes razones:

En primer lugar, abordó el examen del régimen jurídico aplicable al Contrato No. 313, al cabo de lo cual concluyó que el negocio jurídico bajo examen se gobernaba por las normas del Decreto-Ley 222 de 1983.

Al emprender el examen de la caducidad de la acción consideró que la fecha inicial para el cómputo de su término era el 8 de agosto de 1997, habida cuenta de que en ese momento vencieron los seis meses para realizar la liquidación del contrato. Así las cosas, comoquiera que la demanda se interpuso el 3 de junio de 1999, propio resultaba concluir que su ejercicio fue oportuno.

A continuación, el operador judicial realizó un recorrido legal y jurisprudencial del tratamiento dispensado al fenómeno del equilibrio económico del contrato y, posteriormente, dejó sentados los hechos que fueron materia de comprobación.

Luego, se pronunció frente a la objeción por error grave formulada al dictamen rendido en el trámite de la primera instancia. Como resultado de ese estudio, decidió declarar infundada la objeción de la experticia, toda vez que si bien existían ciertas diferencias entre lo consignado en el peritazgo y aquello plasmado en su aclaración, ciertamente las mismas no aludían a temas propiamente técnicos sino jurídicos, cuya definición en todo caso correspondía al juez.

En esa dirección, aclaró que, aunque no prosperaba la objeción por error grave, ello no conducía a tener por ciertas las conclusiones plasmadas en el dictamen.

Seguidamente, se refirió a los cargos de incumplimiento contractual y de las causas generadoras del desequilibrio económico del contrato alegados en la demanda, en el siguiente orden:

-. De la entrega de los predios. En lo que atañe a este aspecto consideró que las pruebas arrojadas al proceso mostraban la falta de planeación en la etapa precontractual, tras poner en evidencia que el inicio de la obra se retardó considerablemente en razón a la ausencia de predios disponibles para la ejecución de los trabajos contratados.

La inobservancia de este principio, en criterio del a quo, configuró un incumplimiento contractual atribuible a la entidad pública, pues debiendo firmar el acta de inicio el

1 de marzo de 1994, su comienzo se produjo más de un año después, gracias a la circunstancia anotada.

- De la entrega del anticipo. Para la colegiatura de origen el giro de los recursos por concepto de anticipo se tramitó en forma oportuna y casi que de manera inmediata a la firma de los documentos que modificaron la cláusula sexta del contrato, de tal suerte que no se halló acreditado el incumplimiento endilgado al INAT por esta causa.

- De la mayor permanencia en obra. Luego de la revisión de los documentos contractuales, el a quo consideró que las distintas suspensiones de que fue objeto el contrato resultaron atribuibles de manera exclusiva a la entidad pública por la falta de disponibilidad de los predios y de los recursos necesarios para su ejecución.

En orden a la tasación de los perjuicios deprecados por este concepto, la primera instancia se apartó del dictamen rendido con ese propósito, por cuanto el monto de la utilidad considerada por el perito no guardaba coincidencia con la registrada en la propuesta.

Por lo anterior, para efectos del reconocimiento de perjuicios por la mayor permanencia en obra, en el fallo apelado se tomó el valor establecido por concepto de administración e imprevistos y lo calculó por nueve meses, tiempo en que se prolongó injustificadamente el plazo, implementando para ese fin una regla de tres simple. De esa operación obtuvo la suma de \$484'057.190, indexada al tiempo del fallo.

Siguiendo el análisis del caso, la sentencia centró su estudio en el valor del sobreacarreo por empuje solicitado en la demanda, aspecto en relación con el cual, tras revisar las probanzas obrantes en el plenario, concluyó que si bien la ampliación de la distancia que debían recorrer para el transporte del material podría eventualmente generar un mayor costo del calculado, lo cierto era que no se encontraba acreditada su causación.

A lo anotado sumó que en el expediente no se encontraba demostrado que hubiera existido una orden del interventor dirigida a requerir al contratista para que asumiera el sobreacarreo y tampoco un contrato adicional que legalizara su ejecución.

En lo que atañe a la reclamación por el pago del ítem correspondiente al esmaltado del canal, el *a quo* encontró que la determinación de ejecutar el esmaltado, denominado por la interventoría como “mortero de recubrimiento para placas canal”, no procedió de la entidad pública, sino que surgió de un acuerdo logrado en ese sentido entre el interventor y el contratista.

Al respecto, el fallador de primer grado argumentó que a pesar de que las órdenes de la interventoría resultaban vinculantes para el contratista, también era relevante indicar que los requerimientos impartidos por el interventor debían enmarcarse dentro de lo establecido en la ley, en el pliego de condiciones y en las cláusulas contractuales.

En esa misma dirección, consideró que la ejecución de esas labores no se formalizó a través de un contrato adicional o de un acta de fijación de precios unitarios, razones que llevaban a desestimar la pretensión invocada.

Frente a la cuestión relativa a la fórmula de reajuste, el Tribunal sostuvo que los dictámenes practicados al interior del plenario no establecieron si la fórmula de reajuste resultaba insuficiente para compensar la variación de los precios de la construcción y, para el *a quo*, el método empleado en la demanda, tomando como valor de referencia el precio de la revista Construdata, tampoco podía arrojar dicha conclusión.

A ello agregó que la argumentación de la parte actora incurría en un yerro, toda vez que para el año 1993 tomaba el precio del respectivo ítem de esta revista, proceder con el cual desconocía que los precios definidos en el contrato para los diversos ítems de la obra fueron libremente aceptados por el consorcio al momento en que presentó su oferta. Con apoyo en lo expuesto, negó la reclamación elevada en este sentido.

Al pronunciarse sobre el reajuste del acta No. 18, advirtió que, de acuerdo con el dictamen rendido como prueba dentro de la objeción por error grave formulada en contra de la primera experticia, se desprendía que el valor correspondiente al reajuste adeudado ascendía a \$87'833.886, suma que resultaba acertada, pero que, no obstante lo anterior, de ella debía sustraerse el monto que ya había sido objeto de reajuste en esa acta, es decir, la suma de \$66'571.626.

Como consecuencia, estimó que el valor adeudado por la diferencia del reajuste del acta No. 18 equivalía a \$21'262.529, monto que actualizado ascendía a \$28'599.462.

Por último, la primera instancia consideró que en el presente asunto no procedía el pago del arancel judicial por tratarse de un proceso de conocimiento y no de ejecución.

7. El recurso de apelación

7.1. La parte demandada

La Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, actuando en representación del INAT liquidado, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con el fin de que se revocara y se negaran las pretensiones de la demanda.

Como sustento argumentativo de la alzada, adujo que no todo trastorno o variación de las expectativas que albergaba el contratista en torno a los resultados económicos del contrato constituían una ruptura de su equilibrio económico, pues existían siempre unos riesgos en la actividad contractual que debían ser asumidos por él.

Advirtió que los sobrecostos reclamados por la mayor permanencia en obra debían ser desestimados, dado que tanto las suspensiones como la ampliación del plazo quedaron consignados en actas y documentos que suscribió el contratista sin protesta alguna. En ese sentido, las posteriores reclamaciones que sobre ese aspecto se elevaran entrañaban una práctica malsana que atentaba contra los deberes de corrección y lealtad negocial.

Expresó que la mayor permanencia en obra se produjo por la necesidad de ejecutar obras adicionales, eventos en los cuales el incremento del valor del contrato y el reajuste de precios cumplían la función de salvaguardar los efectos derivados de la ampliación del plazo.

Así mismo, indicó que el Instituto no tenía comprometida su responsabilidad en la ejecución de perforaciones adicionales. En su criterio, su realización obedeció a que el contratista presentó una información deficiente, lo cual condujo a que la

interventoría requiriera un trabajo que contuviera datos técnicos completos y precisos en orden a establecer la viabilidad de una cimentación con las características de la obra.

De otro lado, censuró el hecho de que el contratista persiguiera la modificación de la fórmula de reajuste de precios prevista en el pliego de condiciones y el contrato, comoquiera que con tal proceder desconocía las condiciones iniciales de la licitación pública en la cual resultó favorecido. Aceptar el planteamiento de la parte actora, según la apelante, equivaldría a modificar los actos preparatorios que sirvieron de base para la participación de todos los demás oferentes vencidos.

7.2. Parte demandante

La parte actora impugnó el fallo de primer grado con el objeto de que se acogieran de manera íntegra las súplicas de la demanda.

El principal aspecto de inconformidad se centró en el hecho de que en el expediente reposaban pruebas conducentes, tales como el segundo dictamen, el testimonio de un representante de la interventoría y pruebas documentales, en virtud de las cuales era posible determinar el valor de los perjuicios causados al consorcio contratista.

En relación con la suma reconocida en la sentencia en cuantía de \$484'057.190, por concepto de perjuicios derivados de la mayor permanencia en obra, indicó que el Tribunal incurrió en dos errores.

El primero de ellos consistió en que la fecha inicial de actualización no correspondía a junio de 1997, fecha en que debió liquidarse el contrato, sino a febrero de 1993 por ser esta la época en que se ejecutaron las obras.

El segundo yerro puesto de relieve por el accionante apuntó a que en la operación de actualización se desconoció que el IPC certificado por el DANE tenía dos series de empalme. Una que comprendía desde el año 1993 hasta el 2008 y otra que cobijaba el año 1999 hasta el 2014, de tal suerte que la actualización debía efectuarse en dos pasos considerando las dos series de empalme señaladas.

En ese mismo punto, sostuvo que el Tribunal olvidó aplicar el interés del 12% anual sobre la suma histórica actualizada.

Seguidamente, el apelante hizo extensivas las argumentaciones expuestas anteriormente a la suma reconocida por concepto del valor de reajuste de precios contenido en el acta No. 18.

Igualmente insistió en la procedencia de reconocer en su favor los perjuicios sufridos por el pago del sobreacarreo de la empradización, el esmaltado del canal y por la inoperancia de la fórmula de reajuste, cuya causación, a pesar de haber sido sustentada en el escrito de alegaciones, no fue tomada en cuenta.

Siguiendo su argumentación, reiteró que la fórmula de reajuste de precios incorporada en el contrato no reflejó el aumento de los costos de construcción acaecido durante la ejecución del proyecto, por lo que solicitó que se accediera al pago de este rubro que influyó negativamente en las previsiones económicas del contratista.

Para finalizar, insistió en las razones en que apoyó la objeción grave formulada frente al primer dictamen rendido en la actuación por considerar que carecía de fundamentos técnicos. Como consecuencia de esto último pidió que se acogiera en su integridad el dictamen rendido como producto de la objeción.

8. Actuación en segunda instancia

8.1. Mediante providencia del 29 de julio de 2014, la Sección Tercera de esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por las partes.

8.2. Por medio de providencia del 5 de septiembre de 2014, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiese su concepto. En el término otorgado, la parte actora presentó su escrito de alegaciones en el cual, en esencia, insistió en los argumentos en que soportó la demanda. La entidad demandada guardó silencio.

El Ministerio Público, dentro del término de traslado especial, rindió concepto, en el cual consideró que la sentencia impugnada debía ser confirmada, pues en el caso se había presentado una ruptura del equilibrio económico derivada de los

constantes atrasos de la obra por causas imputables exclusivamente a la contratante.

9.- Impedimento de Magistrado

Mediante escrito del 18 de julio de 2016, el señor Consejero Carlos Alberto Zambrano Barrera manifestó su impedimento para conocer del presente asunto, con fundamento en el artículo 150 numeral 2 del Código de Procedimiento Civil, dado que en su anterior calidad de magistrado del Tribunal de origen conoció del asunto en primera instancia².

En atención a lo anterior, considera la Sala que se configura la causal invocada³, comoquiera que el doctor Zambrano Barrera actuó como magistrado ponente de la actuación en primera instancia desde la admisión de la demanda hasta la etapa probatoria, fase procesal dentro de la cual se pronunció frente a las pruebas solicitadas por las partes y dispuso rechazar algunas de ellas.

Así pues, resulta del caso declarar fundado el impedimento y separar del conocimiento del presente asunto al doctor Zambrano Barrera, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia.

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente litis se abordarán los siguientes temas: **1)** competencia del Consejo de Estado; **2)** presupuestos procesales; **2.1)** procedencia y oportunidad de la acción; **2.2)** legitimación en la causa; **3)** consideraciones probatorias - de la valoración de las actas de conciliación y de las actas del comité de defensa judicial y conciliación; **4)** precisiones en torno a los institutos del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual. Causas y consecuencias; **5)** delimitación de los aspectos de la apelación; **5.1)** de la ampliación del plazo contractual y de la mayor permanencia en obra derivada del mismo; **5.2)** de la ejecución de actividades no reconocidas en favor del contratista; **5.3)** de la inoperancia de la fórmula de reajuste prevista en el contrato; **5.4)** pago

² Fl. 1010 c 19.

³ “**Artículo 150. Causales de Recusacion.** Son causales de recusación las siguientes: (...).

“2. Haber conocido del proceso en instancia anterior, el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente”.

del valor del ajuste definitivo correspondiente al acta No. 18; **5.5)** de la actualización de las sumas reconocidas por concepto de sobrecarreo del ítem empedrado y el valor del revestimiento con mortero del canal y **6)** costas.

1.- Competencia del Consejo de Estado

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación en virtud de lo dispuesto por el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, que a su vez fue reformado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, normas a cuyo tenor se consagra que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es la competente para decidir las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas.

En esta oportunidad se encuentran en controversia circunstancias atinentes al incumplimiento y/o presunta ruptura del equilibrio económico del Contrato No. 313 de 1993, celebrado entre el entonces Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras – Himat⁴ y el consorcio Construcciones Sigma Ltda. – Valdivieso y Franco Asociados y Cía. Ltda.

Así las cosas, se precisa que la entidad contratante, Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras – Himat, de conformidad con lo dispuesto en la letra a) del numeral uno del artículo 2º de la Ley 80 de 1993⁵, durante

⁴ Para la época de celebración del contrato el HIMAT había sido reestructurado por el Decreto 21365 de 1992 como un establecimiento público del orden nacional.

Mediante la Ley 90 del 22 de diciembre de 1993 se modificó la denominación del HIMAT por la del INAT y le suprimió las funciones de hidrología y meteorología.

A través del Decreto 1291 de 2003, se suprimió el INAT y se ordenó su liquidación, proceso que finalizó en diciembre de 2006. Por medio de Decreto 1491 de 2006 se dispuso que el INAT en liquidación estaría adscrito al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, entidad que en adelante siguió ejerciendo su representación en el presente asunto.

⁵ Según el artículo 32 del Estatuto de Contratación Estatal, son contratos estatales aquellos celebrados por las entidades descritas en el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, el cual dispone:

“Para los solos efectos de esta ley:

“1o. Se denominan entidades estatales:

“a) La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el distrito capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles.

su vida jurídica tuvo el carácter de entidad estatal por lo que el conocimiento del asunto corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

También le asiste competencia a la Sala para conocer de la presente causa en segunda instancia, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de \$1.368'430.716, monto que resulta superior a la suma equivalente a 500 S.M.L.M.V. (\$118'230.000)⁶, exigida en la Ley 954, promulgada el 28 de abril de 2005, para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

En consonancia con lo expuesto, la Sala conviene la pertinencia de advertir que dentro del pliego de condiciones que sirvió de fundamento para la celebración del Contrato No. 313 y que, por contera, se entiende incorporado al texto contractual, atendiendo a la naturaleza mixta de su clausulado, se insertó una disposición relativa a la solución de controversias que se encuentra plasmada en los siguientes términos⁷:

“3.22. RECLAMACIONES.

“(…)”.

“Cuando se presenten diferencias irreconciliables entre las partes que suscriben el contrato, dichas diferencias se someterán a un tribunal de arbitramento compuesto por un representante del HIMAT, quien será de la Subdirección de Adecuación de Tierras, un representante del CONTRATISTA y un representante de una sociedad científica o profesional, especializada en el tema de la controversia. exceptuándose de arbitraje la declaratoria de caducidad y sus efectos”.

En la página siguiente, de manera aislada y sin encadenarse de forma lógica y argumentativa con el párrafo que viene de referenciarse, se consignó *“relativo al arbitramento técnico y cláusula compromisoria”*.

Ante el panorama expuesto, es imperioso traer a colocación que la Sala Plena⁸ de la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en relación con

“(…)”.

⁶ El salario mínimo legal para la fecha de presentación de la demanda, 3 de junio de 1999, correspondió a \$236.460.

⁷ Folios 48-59 Tomo I.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 18 de abril de 2013, exp. 17.859, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

la naturaleza vinculante de la cláusula compromisoria que los extremos contractuales decidan incorporar en sus negocios jurídicos en virtud de la cual convienen asignar a la justicia arbitral la jurisdicción y la competencia para decidir las controversias que surjan de su celebración, ejecución y liquidación, cuestión que no puede ser desconocida por las partes a través de su renuncia tácita.

Con todo, de la lectura de la cláusula en referencia, la Sala no desprende de su literalidad la verdadera existencia de una cláusula compromisoria con la virtualidad para desplazar el conocimiento del asunto a la jurisdicción arbitral.

En efecto, a pesar de que en su contenido se hizo alusión a la conformación de un tribunal de arbitramento, ciertamente de la metodología consignada para su integración se establece que el mecanismo de solución de conflictos allí implementado, dado su carácter auto compositivo que involucraba la intervención de las partes en conflicto en orden a resolver la controversia, se asemeja más a la figura de una amigable composición, situación que, como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación, en modo alguno anularía la competencia de esta jurisdicción.

Ahora, de interpretar que, en efecto, se trató de una cláusula compromisoria, la Sala anticipa que la validez o la existencia de esa estipulación se encontrarían en entredicho, pues claramente la manera en que fue concebida se opone a los elementos de la esencia de dicha figura, uno de los cuales consiste en atribuir a terceros ajenos a la controversia la facultad para dirimir la situación contenciosa.

Sumado a lo anterior, de entender que la cláusula en comento contuvo la intención de someter las controversias a un tribunal de arbitramento, igualmente habría que decirse que, al parecer, el objeto de la materia cuyo conocimiento se le asignaría versaría exclusivamente sobre aspectos técnicos y no jurídicos, si se tiene en cuenta que para la definición del eventual debate se previó la mediación de una sociedad científica o especializada en el tema en conflicto⁹.

⁹ Se recuerda que la época en la cual se ordenó la apertura de la Licitación, el arbitramento se encontraba regulado en el artículo 46 del Decreto 2279 de 1989 de conformidad con el cual "*Habrà lugar a arbitramento técnico cuando las partes convengan someter a la decisión de expertos en una ciencia o arte las controversias susceptibles de transacción que entre ellas se susciten. Las materias respectivas y el alcance de las facultades de los árbitros se expresarán en el pacto arbitral*".

En ese sentido se precisa que el arbitramento técnico, aunque se encontraba expresamente permitido por el artículo 77¹⁰ del Decreto-ley 222 de 1983, no tiene vocación para abarcar la solución de divergencias de carácter jurídico, tales como la determinación de responsabilidad contractual por el incumplimiento de las cargas obligacionales o el acaecimiento de circunstancias imprevisibles generadoras de la ruptura del equilibrio prestacional, que son precisamente las que ahora ocupan la atención de la Sala.

Así las cosas, incluso bajo la comprensión de que se trata de un arbitramento técnico, debe concluirse que tal circunstancia no suprime la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para resolver el litigio que en esta oportunidad se pone a consideración de la Sala¹¹.

Hechas las anteriores precisiones, se concluye que es esta Jurisdicción la competente para conocer de la presente controversia.

2. Presupuestos procesales

2.1.- Procedencia y oportunidad de la acción

El presente debate versa sobre el presunto incumplimiento y/o ruptura del equilibrio económico del Contrato No. 313 de 1993, aspecto que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del C.C.A., corresponde ventilarse a través del cauce de la acción contractual impetrada.

De entrada, resulta menester anotar que régimen jurídico que gobernó el negocio jurídico identificado con el número 313 fue el contenido en las disposiciones del

¹⁰ "ARTÍCULO 77. DEL ARBITRAMENTO TÉCNICO - En los contratos cuya naturaleza lo permita, podrá pactarse el arbitramento técnico cuya conformación se sujetará a las normas del Código de Comercio.

"Los árbitros deberán ser profesionales en la respectiva materia y haber cumplido con las normas legales que regulen el ejercicio de la profesión.

"Para pactar esta cláusula deberá tenerse en cuenta lo previsto en el parágrafo del artículo 24 de este estatuto".

¹¹ Sobre el particular, ver sentencia proferida por la Subsección A, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 22 de agosto de 2013, dentro del expediente No. 22.947, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Esta posición fue reiterada en sentencia dictada por esta misma Subsección en pronunciamiento del 13 de noviembre de 2013, dentro del expediente: 21.865, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Decreto-ley 222 de 1985, atendiendo a que tanto el procedimiento de Licitación Pública SAT-43-92 que le dio origen a su celebración como el momento de su suscripción -30 de diciembre de 1993- se produjeron antes de que cobrara vigor la Ley 80 de 1993, lo cual tuvo lugar el 1 de enero de 1994.

Sobre el particular, concierne aclarar que existieron varias excepciones a la entrada en vigencia de la Ley 80 a partir del 1 de enero de 1994, de conformidad con las cuales sus efectos empezarían a surtirse desde la misma fecha de su promulgación, es decir, desde el 28 de octubre de 1993, tal cual ocurrió en los eventos previstos en el artículo 81¹². Sin embargo, el supuesto fáctico que se examina no se encuentra dentro de ninguno de los casos exceptivos a la mencionada regla temporal.

Ahora bien, con el propósito de determinar la oportunidad de su interposición, la Sala precisa que el plazo de ejecución del Contrato No. 313 de 1993 venció el 3 de febrero de 1997¹³. A partir de ese momento, de conformidad con la cláusula undécima, iniciaba el plazo de cuatro (4) meses convenido para realizar su liquidación. Dicho término vencía el 3 de junio de 1997.

Despejado el escenario fáctico que rodeó la etapa liquidatoria del contrato se añade que para ese momento no había sido expedida la Ley 446 de 1998, de suerte que el término de caducidad de la acción debía computarse con arreglo a las disposiciones de la norma vigente para esa época¹⁴, que para el caso era la reforma

¹² “**Artículo 81°.-** De la Derogatoria y de la Vigencia. A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados el Decreto ley 2248 de 1972; la Ley 19 de 1982; el Decreto ley 222 de 1983, excepción hecha de los artículos 108, 109, 110, 111, 112 y 113; el Decreto ley 591 de 1991, excepción hecha de los artículos 2o., 8o., 9o., 17 y 19; el Decreto ley 1684 de 1991; las normas sobre contratación del Decreto 700 de 1992, y los artículos 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263 y 264 del Código Contencioso Administrativo; así como las demás normas que le sean contrarias.

“A partir de la promulgación de la presente ley, entrarán a regir el parágrafo del artículo 2o.; el literal l) del numeral 1o. y el numeral 9o. del artículo 24; las normas de este estatuto relacionadas con el contrato de concesión; el numeral 8o. del artículo 25; el numeral 5o. del artículo 32 sobre fiducia pública y encargo fiduciario; y los artículos 33, 34, 35, 36, 37 y 38, sobre servicios y actividades de telecomunicaciones.

“Las demás disposiciones de la presente ley, entrarán a regir a partir del 1o. de enero de 1994 con excepción de las normas sobre registro, clasificación y calificación de proponentes, cuya vigencia se iniciará un año después de la promulgación de esta ley”.

¹³ El Decreto-ley 222 de 1983, en su artículo 287 determinaba la obligatoriedad de la liquidación únicamente para los contratos de *suministro* y de *obras públicas*.

¹⁴ En cumplimiento de los mandatos y las previsiones consagradas en el transcrito artículo 40 de la Ley 153 de 1887, las normas procesales son de aplicación inmediata, con excepción de los términos

normativa introducida al Código Contencioso Administrativo a través del artículo 23 del Decreto-ley 2304 de 1989.

A la luz de la norma en mención, el término de caducidad de la acción contractual seguía la siguiente regla *“Las relativas a contratos caducarán en dos (2) años de ocurridos los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento”*.

De cara a lo expuesto es oportuno destacar que la jurisprudencia de la Sección Tercera ha sido reiterada y categórica en considerar que para el inicio del cómputo del término de caducidad de la acción contractual deben distinguirse, por un lado, los contratos que requieren de una etapa posterior para su liquidación y, de otro lado, aquellos que no la requieren. En caso en que así se exija, como acontece en este evento por expresa disposición del Decreto-ley 222, el término de caducidad iniciaría al vencimiento del plazo dispuesto para liquidarlo.

En línea con lo anotado, como el plazo de liquidación fenecía el 3 de junio de 1997, a partir de entonces la parte actora contaba con dos años para impetrar la correspondiente acción contractual. Como consecuencia, al haberse interpuesto la demanda el 3 de junio de 1999, la Sala concluye que la acción se ejerció dentro del término legalmente establecido.

2.2 Legitimación en la causa

La Sala encuentra que le asiste legitimación en la causa por activa a las sociedades Construcciones Sigma Ltda. y Valdivieso y Franco Asociados y Compañía Ltda., para integrar el extremo demandante, en su condición de miembros del consorcio contratista dentro del negocio jurídico No. 313, en cuyo desarrollo se produjo el supuesto incumplimiento o ruptura del equilibrio económico que constituye la materia contenciosa.

En cuanto a la parte accionada, la Sala encuentra acertado que la demanda se hubiera dirigido contra el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras, posteriormente denominado Instituto Nacional de Adecuación de Tierras INAT en Liquidación, dada su condición de entidad

que hubieren empezado a correr, los cuales se regirán *“por la ley vigente al tiempo de su iniciación”*, como ocurre en el sublite.

contratante del negocio jurídico presuntamente alterado por el incumplimiento o la ruptura de su equilibrio económico.

Ahora bien, se precisa que durante el trámite procesal la entidad demandada fue suprimida y luego liquidada en diciembre de 2006, por lo que en adelante su defensa en el presente asunto fue ejercida por la Nación- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural al cual se encontraba adscrito el mencionado Instituto, Ministerio que ha ejercido los actos procesales en nombre y representación de aquel y finalmente fue el que interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia.

3. Consideraciones probatorias - De la valoración de las Actas de Conciliación y de las actas del comité de defensa judicial y conciliación

Se observa que la presente controversia fue sometida a trámite conciliatorio judicialmente ante el Tribunal Administrativo de Tolima en el curso de la primera instancia de esta actuación, el cual dio como resultado un auto de improbación del acuerdo, confirmado en sede de apelación por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Como consecuencia, se allegaron los escritos contentivos de los acuerdos, las actas del comité de conciliación de la demandada en las que la entidad proponía fórmulas de arreglo, así como certificaciones en las que reconocía que adeudaba al contratista algunas sumas relacionadas con las súplicas de la demanda.

Al respecto, merece la pena señalar que esta Subsección ha sentado su postura acerca de la imposibilidad de valorar las actas de conciliación o las actas del comité de defensa y conciliación de las entidades públicas como una prueba documental con la virtualidad de acreditar, por cuenta de su contenido, la efectiva ocurrencia de los supuestos de hecho en que se fundamentan las pretensiones.

Es así como en varios pronunciamientos se ha referido a la inviabilidad jurídica de tener por demostrado, a partir de la manifestación del consentimiento para conciliar que una entidad pública deposita en un acta de comité de conciliación, los hechos relacionados con el referido convenio que posteriormente se le imputen dentro de

un proceso judicial, consideraciones que en este caso y por las mismas razones que allí se han expuesto deben hacerse extensivas al caso concreto¹⁵.

Con fundamento en la línea jurisprudencial que impera sobre la materia, la Sala se abstendrá de otorgar mérito probatorio al contenido y a las manifestaciones de voluntad de la entidad pública, recogidas en los documentos referidos en el acta de conciliación, a las actas e informes del comité de defensa judicial y conciliaciones que les sirvieron de sustento y a las certificaciones emitidas en desarrollo de ese trámite, pues en virtud de su contenido no se pueden tener por demostrados los supuestos de hecho en los cuales se sustenta el petitum.

¹⁵ Ver sentencia proferida por la Subsección A, de la Sección Tercera, 30 de octubre de 2013, expediente 32556, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Posición reiterada por la Subsección en sentencia del 15 de abril de 2015, proferido dentro del expediente número 33.173, C.P. (E) Hernán Andrade Rincón.

“Al plenario se aportaron dos actas que corresponden a las sesiones de Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la entidad demandada, una de fecha 16 de mayo de 2000 (fl. 158-161 c1), y la otra del 12 de julio de 2001 (fs. 228-234 c1) en las cuales la entidad proyectó un acuerdo conciliatorio con el objeto de reconocer y pagar a la sociedad demandante una suma de dinero por concepto de almacenamiento de mercancías aprehendidas, decomisadas y abandonadas en favor de la Nación.

“Al respecto, la Sala considera que el contenido de dichos documentos no es pasible de ser valorado como prueba en contra de la entidad de la cual emanan, puesto que si bien la conciliación se instituye como un mecanismo alternativo de solución de conflictos en virtud del cual las partes libremente intentan un acercamiento como medio para resolver sus discrepancias, lo cierto es que lo que en desarrollo de dicho trámite extrajudicial se ventile no puede ser utilizado por las partes como prueba de la responsabilidad que se endilga a su futuro opositor en el debate judicial.

“Aceptar un planteamiento contrario constituiría sin duda un desestímulo para en lo sucesivo llevar adelante prácticas conciliatorias, ante el temor que generaría el hecho de que una vez se intente lograr una conciliación sin que se llegue a acuerdo, el camino recorrido en ese procedimiento materializado en la aproximación libre y voluntaria de las partes, así como la proposición de fórmulas para un eventual arreglo, posteriormente se convierta en un arma en contra de la entidad a partir de la cual se le condene o se le enjuicie, sin más prueba que la sola intención de intentar un arreglo directo sin acudir a los estrados judiciales.

“En esa medida si uno de los fines que se persigue con la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad es precisamente el de descongestionar la actividad jurisdiccional, tal propósito quedaría anulado por completo en el evento de otorgar mérito probatorio en contra de la entidad a las actas del comité de conciliación de esas mismas entidades públicas.

“Además de lo anterior, cabe agregar que la naturaleza vinculante de un pacto conciliatorio en materia contenciosa no emana de la simple manifestación de las partes de obligarse a cumplirlo, sino de que el mismo sea aprobado por la autoridad judicial competente para conocer la acción que correspondiese ejercer en el caso de no haberlo logrado, aprobación que además de la exigencia sobre la existencia misma del acuerdo y de la facultad con que cuentan las partes para realizarlo, debe sustentarse en la verificación de las pruebas que soporten la viabilidad jurídica del mismo en términos, tanto de oportunidad, como de ausencia de lesividad para el patrimonio público.

“En consecuencia, por las razones puestas de presente, la Sala estima que no hay lugar a valorar como prueba de la alegada responsabilidad de la entidad demandada las actas de su Comité de Conciliación aportadas al plenario, como tampoco podrían serlo las fórmulas, propuestas, argumentaciones o reflexiones que acerca de un eventual arreglo conciliatorio hubieren examinado, expuesto o planteado en sede de conciliación -extrajudicial o incluso judicial-, las partes del litigio o solo una de ellas“.

4.- Precisiones en torno a los institutos del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual. Causas y consecuencias

La presente reclamación tiene como fundamento, entre otros, el acaecimiento de circunstancias imprevisibles durante la ejecución del Contrato No. 313 que generaron la supuesta ruptura del equilibrio económico, según afirma la parte actora, como consecuencia de:

- a) La mayor permanencia en obra atribuible a la falta de planeación de la entidad pública, originada por la falta de adquisición de los predios necesarios para el desarrollo del proyecto y la falta disposición de los recursos suficientes para su pago.
- b) La falta de reconocimiento de actividades realizadas por el contratista, como sobreacarreo del ítem de empedradización, el revestimiento con mortero del canal y la falta de pago del acta de reajuste No. 18.
- c) Inoperancia de la fórmula de reajuste de precios.

Todo lo anterior, según la demandante, evidenció el incumplimiento contractual de las obligaciones contraídas por la entidad pública y, como consecuencia, generó al contratista una mayor onerosidad en la ejecución de las actividades contratadas.

Teniendo en cuenta el escenario argumentativo puesto de presente, la Sala advierte la necesidad de realizar algunas puntualizaciones sobre el particular, con el fin de determinar el tratamiento jurídico que debe dispensarse para resolver el caso concreto.

En distintas oportunidades esta Sala se ha ocupado de delimitar el alcance y el contenido de las figuras del equilibrio económico del contrato y del incumplimiento contractual, con el inequívoco propósito de precisar que, pese al tratamiento similar que se les ha brindado por diferentes sectores de la academia, la doctrina y la jurisprudencia, lo segundo no constituye una causa de lo primero.

En efecto, no han sido pocos los pronunciamientos de este Subsección en los cuales se ha enfatizado que la conservación del sinalagma prestacional propende por asegurar que durante la ejecución del contrato se mantengan las mismas condiciones económicas y/o financieras que las partes tuvieron en cuenta al momento de presentar oferta y que le sirvieron de cimiento a la misma.

En ese sentido, ha sostenido que dicha equivalencia puede verse afectada ya fuere por factores externos a las partes cuya ocurrencia se enmarca dentro de la teoría de la imprevisión o por diversas causas que pueden resultar atribuibles a la Administración por la expedición de actos en ejercicio legítimo de su posición de autoridad, los cuales han sido concebidos por la doctrina como "*Hecho del Príncipe*" o "*Ius variandi*", dependiendo de la entidad de donde emanen, pero que no se derivan de la conducta antijurídica del extremo público contratante.

Ahora bien, este acontecimiento dará lugar a que la parte afectada solicite a su co-contratante la adopción de los mecanismos de ajuste y revisión de precios, así como la implementación de los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución del contrato.

Contrario sensu, el incumplimiento contractual supone la inobservancia de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del acuerdo negocial, infracción que bien puede cristalizarse por cuenta del cumplimiento tardío o defectuoso de las condiciones convenidas o por el incumplimiento absoluto del objeto del contrato.

Cabe agregar que la configuración del incumplimiento no solo se presenta por la inobservancia de las estipulaciones contenidas en el texto contractual, sino en todos los documentos que lo integran, tales como los pliegos de condiciones o términos de referencia que, por regla general, fungen como soportes de la formación del vínculo jurídico.

Así mismo, tiene ocurrencia cuando la actuación de las partes desconoce el catálogo de principios que orientan la contratación estatal y que igualmente se entienden incorporados en la relación jurídica bilateral¹⁶.

Como se aprecia, el incumplimiento se origina en una conducta alejada de la juridicidad de uno de los extremos co-contratantes que, de manera injustificada se sustrae de la satisfacción de las prestaciones a su cargo en el tiempo y en la forma estipulados. Su ocurrencia invade la órbita de la responsabilidad contractual y desde esa perspectiva, la parte cumplida podrá acudir a la jurisdicción en procura de

¹⁶ Sobre el particular consultar sentencia proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 22 de agosto de 2013, dentro del expediente No. 22.947, C.P: Mauricio Fajardo Gómez.

obtener la resolución del vínculo obligación, el cumplimiento del compromiso insatisfecho y la indemnización de los perjuicios causados.

Siguiendo con el estudio del tema, se recuerda que esta Subsección se ha ocupado de puntualizar las múltiples diferencias que existen entre la ruptura del equilibrio económico financiero del contrato y la figura del incumplimiento contractual, así como los efectos que de uno y otro caso se desprenden¹⁷.

Ahora bien, aunque las figuras analizadas obedecen a causas diferentes y tienen consecuencias distintas, la jurisprudencia de esta Subsección ha reconocido que en algunas oportunidades las decisiones judiciales han adoptado posturas que permiten identificar impropiaamente el incumplimiento contractual como causa de la ruptura económica del contrato:

“Realizadas las anteriores precisiones conceptuales en torno a la figura del restablecimiento del equilibrio económico, conviene agregar que el tratamiento jurisprudencial en torno al tema de incumplimiento contractual, como causal generadora de la ruptura del equilibrio económico del negocio jurídico, ha sido pendular en cuanto en veces se han adoptado posturas que permiten que su ubicación se radique en el terreno de la responsabilidad contractual¹⁸ aceptando así la inobservancia del contenido obligacional de uno de los extremos contratantes como causa eficiente de dicho quebranto, mientras que en otras tantas se ha hecho y mantenido la distinción para efectos de identificar el equilibrio económico y su ruptura como un fenómeno ajeno por completo a las nociones de incumplimiento y/o de responsabilidad contractual”¹⁹.

“(…).

“Para la Sala, en estricto rigor, aun cuando las normas vigentes propician ese tratamiento indiscriminado de la figura del incumplimiento contractual como una de las génesis del desbalance de la ecuación contractual, imperativo resulta puntualizar, una vez más, que el instituto del equilibrio

¹⁷ Ver sentencia proferida por la Sección Tercera Subsección A, Consejo de Estado, 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Becerra.

¹⁸ Original de la cita: “Al respecto pueden consultarse las siguientes providencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: sentencia del 15 de febrero de 1999, Exp. 11194, C.P Ricardo Hoyos Duque; sentencia del 21 de junio de 1999, Exp. 14943, C.P Daniel Suárez Hernández; sentencia del 31 de agosto de 2011, Exp.18080, C.P Ruth Stella Correa Palacio”.

¹⁹ Original de la cita: “Sobre el particular pueden leerse las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: 26 de febrero de 2004, Exp: 14043, C.P Germán Rodríguez Villamizar; sentencia del 4 de septiembre de 2003, Exp. 10883, C.P Alier Hernández Enríquez; sentencia del 14 de marzo de 2013, Exp. 20.524, C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera”.

económico en materia de contratación estatal tiene y ha tenido como propósito fundamental la conservación, durante la vida del contrato, de las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento del nacimiento del vínculo”²⁰.

De cualquier modo, en atención al principio constitucional que impone la prevalencia de lo sustancial sobre la forma, corresponderá al Juez de la causa determinar en cada caso concreto desde cuál óptica debe emprenderse el respectivo análisis.

Descendido lo anterior al caso concreto, la Sala evidencia que, a pesar de que la parte actora reiteradamente sostuvo que el supuesto fáctico de su reclamación se apoyaba, entre otras razones, en la ruptura del equilibrio del Contrato No. 313/1993, lo cierto es que el hecho generador de esa situación se atribuyó, principalmente, a la inobservancia de las obligaciones contraídas por la entidad pública, al menos en lo concerniente a las situaciones descritas en los literales a y b anteriormente indicados, cuestiones que sin duda reflejan eventos de incumplimiento contractual.

En efecto, la ocurrencia de los supuestos planteados, a excepción del aspecto relativo a la inoperancia de la fórmula de reajuste de precios, se imputa al apartamiento del principio de planeación y al incumplimiento contractual de las obligaciones negociales, de tal suerte que es desde esta última perspectiva desde la cual debe emprenderse el análisis relativo a los puntos señalados.

5.- Delimitación de los aspectos de la apelación

-. La parte demandada centró su inconformidad en el reconocimiento de perjuicios a favor del contratista por la mayor permanencia en obra, principalmente, por encontrar que el contratista no sentó reparo frente a la prolongación del plazo y porque no toda ampliación del término contractual afectaba la economía del negocio jurídico.

-. La parte actora basó su censura en las condenas reconocidas en su favor por tres razones: i) el monto de los perjuicios por mayor permanencia en obra era superior al reconocido; ii) en la actualización de las sumas reconocidas por mayor permanencia en obra y valor de reajuste del acta No. 18 no se tuvo en cuenta el

²⁰ Subsección A Sección Tercera del Consejo de Estado, 22 de agosto de 2013, expediente: 22.947, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

índice inicial que correspondía y la metodología utilizada para su indexación no fue adecuada; iii) debieron reconocerse intereses de mora sobre las sumas accedidas.

- También, la parte actora insistió en que se debieron reconocer los montos suplicados por concepto de: pago de sobreacarreos por el ítem de empradización, pago de actividades de revestimiento del canal con esmaltado y perjuicios derivados de la inoperancia de la fórmula de reajuste.

Delimitada como está la materia sobre la cual versa la impugnación, procede la Sala a pronunciarse.

5.1) De la ampliación del plazo contractual y de la mayor permanencia en obra derivada del mismo

El primer argumento de alzada que expuso la entidad demandada apuntó básicamente a cuestionar los perjuicios reconocidos a la parte actora por concepto de mayor permanencia en obra, dado que, en su sentir, la prolongación del plazo contractual instrumentada a través de varias prórrogas y suspensiones fue una situación consentida por el contratista por no haber manifestado expresamente su oposición frente a esos aspectos.

Para resolver el cargo de inconformidad elevado, la Sala analizará, a la luz de los hechos probados, las circunstancias que motivaron las distintas ampliaciones que sufrió el término del contrato, la conducta que observaron las partes frente a esa situación y, finalmente, si su ocurrencia daba lugar al reconocimiento de perjuicios cuya revocatoria se solicita.

Para abordar este examen, se tendrán en consideración dos períodos: primero, el transcurrido entre la firma del contrato y la suscripción del acta de inicio de actividades y segundo, el comprendido entre la fecha de inicio de actividades y la suscripción del acta de entrega final.

Del período comprendido entre la celebración del Contrato No. 313 y la suscripción del acta de inicio de actividades

Se encuentra acreditado en el plenario que el 30 de diciembre de 1993, el Instituto Colombiano de Hidrología Meteorología y Adecuación de Tierras -HIMAT,

posteriormente INAT, y el consorcio Construcciones Sigma Ltda. – Valdivieso y Franco Asociados y Cía. Ltda. celebraron el Contrato de Obra No. 313 de 1993²¹ con el objeto de ejecutar, por el sistema de precios unitarios, la construcción de la conducción Jardín – Guaduas del K5600 al K8+430, carretable de mantenimiento y obras complementarias en el distrito de Coello, regional 12, Tolima.

El plazo²² se acordó en 15 meses discriminados de la siguiente manera:

- a) Dos meses para suscribir el acta de iniciación que debía signarse el día indicado por el Himat.
- b) Nueve meses para la construcción de las obras, contados a partir de la firma del acta de iniciación.
- c) Cuatro meses para la liquidación del contrato.

Como se aprecia, el primer plazo pactado se destinó a la suscripción del acta de iniciación de obras, hecho que quedó sujeto a la orden escrita que sobre el particular impartiera el representante de la entidad pero que, en todo caso, debía emitirse dentro del primer lapso señalado.

Así pues, el término para suscribir el acta de iniciación, en principio, habría de cumplirse a los dos meses de haber celebrado el contrato, esto es, el 28 de febrero de 1994.

Sin embargo, al finalizar ese período, el 28 de febrero de 1994 las partes suscribieron el Acta de Suspensión de términos del Contrato No. 313/93 por un período indefinido. La motivación expuesta en aquella oportunidad para adoptar esa determinación se centró en que *“el anticipo que debe entregarse al contratista no estará disponible antes de la fecha de vencimiento para impartir la orden de iniciación”*²³.

Frente a este aspecto se observa que, de conformidad con la cláusula sexta del texto contractual, las partes pactaron el pago de un anticipo por la suma equivalente al 20% del valor del contrato, cuyo plazo de desembolso, si bien no se especificó en el texto contractual, por su naturaleza y alcance la Sala considera que debía

²¹ Folios 346-370 C1.

²² El término contractual quedó contenido en la cláusula Undécima del contrato No. 313 de 1993.

²³ Folio 371 C1.

efectuarse antes o, a lo sumo, al tiempo en que se suscribiera el acta de iniciación de obras, tanto así que, según se anotó en el contenido del acta de suspensión, la obra no pudo iniciarse precisamente por no contar con los fondos suficientes para pagarlo.

Posteriormente, el 2 de junio de 1994 las partes firmaron el Acta de Suspensión No. 2²⁴ del Contrato No. 313, en virtud de la cual acordaron prorrogar por cuatro meses la iniciación de actividades, atendiendo a que para ese momento no se disponía de las franjas de terreno necesarias para la realización de las obras, por manera que no podía darse comienzo a la construcción.

En ese documento, el contratista plasmó la siguiente anotación:

“NOTA: EL CONTRATISTA firma esta acta manifestando que como la modificación del plazo obedece a causas que le son completamente ajenas, solicita comedidamente el restablecimiento del equilibrio económico del contrato...”

El 3 de octubre de 1994, las partes suspendieron, por tercera vez, el plazo contractual por seis meses, manifestando las mismas razones que condujeron a la suspensión convenida en la oportunidad inmediatamente anterior. En esa ocasión el contratista dejó la salvedad en procura del restablecimiento del equilibrio económico en idénticas condiciones a las señaladas en precedencia²⁵.

Luego, el 24 de febrero de 1995 en acta de reunión²⁶ llevada a cabo entre las partes del Contrato No. 313 de 1993, en la cual se trataron los temas relativos a los procesos de imposición de servidumbre sobre los predios “El Badeo” y el de propiedad de Ana María Vega, se acordó que el 9 de marzo de 1995 el consorcio realizaría las labores de construcción de cercas sobre el predio. Así mismo, se convino que el 1 de abril de 1995 se iniciaría formalmente el plazo contractual.

Posteriormente, el 3 de abril de 1995 nuevamente las partes suspendieron el plazo y llegaron al arreglo de iniciar labores el 16 de mayo de ese mismo año. Los motivos expuestos en ese documento consistieron en²⁷:

²⁴ Folio 372 C1.

²⁵ Folio 373 C1.

²⁶ Folios 228-229 C1.

²⁷ Folio 375 C1.

“Que las suspensiones anteriores fueron motivadas porque no se disponía de la totalidad de los predios para ejecutar las obras.

“Que el Juzgado Civil del Circuito de Guamo Tolima decretó la Imposición Provisional de Servidumbre, para la ejecución de los trabajos objeto del contrato.

“Que el contratista ha solicitado al INAT fijar como fecha para iniciar las obras el 17 de mayo de 1995”.

El 5 de abril de 1995, las partes suscribieron el acta de entrega de zonas para la construcción del canal Jardín – Guaduas, algunas de las cuales fueron objeto de imposición de servidumbre provisional por parte de autoridad judicial, otras fueron adquiridas por el INAT y sobre otras tantas pesó la respectiva autorización para su ocupación²⁸.

A las dos semanas siguientes, el 18 de abril, el contratista solicitó a la entidad que se fijara como fecha de inicio el 24 de abril de 1995, argumentando que como el día en que se recibieron los predios no había seguridad sobre su entrega, para ese momento no se encontraban listos para el comienzo de las labores²⁹.

Igualmente, la correspondencia cruzada muestra que el 22 de mayo de 1995 el contratista ya había iniciado las obras en el tramo final en donde no había impedimento. Sin embargo, manifestó que en el predio El Badeo, pese a existir la orden judicial de imposición de medida provisional de servidumbre, los residentes del lugar se oponían a la ejecución de las obras³⁰. El 7 de junio de 1995 la entidad respondió que la fecha de inicio sería el 17 de abril de 1995 para dar unos días adicionales al contratista³¹.

En relación con estos últimos hechos, la Sala precisa anotar que existe cierta vaguedad en la medida en que a pesar de que desde la firma del Acta de Suspensión N. 4, elevada el 3 de abril de 1995, se acordó que la fecha de inicio sería el 16 de mayo de ese año, la correspondencia de abril, mayo y junio reveló la intención del contratista de que se le otorgaran unos días adicionales para prepararse para el comienzo de actividades en el mes de abril, lo cual resulta inconsistente, pues desde los primeros días de ese mismo mes ya se había previsto

²⁸ Folios 376-377 C1.

²⁹ Folio 1071 C4.

³⁰ Folio 22 C2.

³¹ Folio 1099 C4.

que la fecha de inicio sería mayo, es decir, dentro del mes siguiente a aquel en que el consorcio solicitaba plazos adicionales para el inicio.

Finalmente, sin perjuicio de lo advertido, la fecha de inicio de actividades fue el 16 de mayo de 1995, tal cual se acordó en el acta de suspensión No. 4³².

Pues bien, el recorrido fáctico que acaba de reseñarse muestra que entre la fecha en que venció el término para suscribir el acta de iniciación, 28 de febrero de 1994, y el momento en que efectivamente se llevó a cabo el comienzo de las actividades, 16 de mayo de 1995, transcurrió un año y dos meses y medio.

El panorama puesto de presente igualmente revela de manera inequívoca que las causas que originaron dicha tardanza resultaron imputables de manera exclusiva a la entidad pública contratante.

Por un lado, no contaba con la suma correspondiente al valor del anticipo que se obligó a desembolsar, de conformidad con lo acordado en el contrato, lo que generó la primera suspensión por espacio de seis meses y, de otro lado, tampoco pudo realizar a tiempo la respectiva entrega de los predios en donde habría de llevarse a cabo la obra³³, dado que existían procesos judiciales en curso en los cuales se tramitaba la imposición de servidumbres provisionales sobre las heredades circundantes a la zona del canal que debía intervenir. Esta última situación ocasionó las tres suspensiones siguientes.

Lo acontecido, en criterio de la Sala, refleja de forma palmaria la inobservancia del principio de planeación³⁴ por parte de la entidad pública, postulado que le imponía

³² Si bien en el plenario no obra un acta de inicio de actividades, propiamente la fecha de su comienzo se deduce de la misma acta de suspensión No. 4 y de la correspondencia cruzada entre las partes.

³³ De conformidad con lo previsto en la numeral 2.08 del pliego de condiciones “*El Himat entregará la zona de trabajo a lo largo zonas del canal...*”.

³⁴ Ver sentencia del 13 de noviembre de 2013, proferido por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro del expediente 23829, C.P. Hernán Andrade Rincón.

“La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido repetidamente que, en materia contractual, las entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable, antes de asumir compromisos específicos en relación con los términos de lo que podrá llegar a ser un contrato y, por supuesto, mucho antes de su adjudicación y consiguiente celebración, la elaboración previa de estudios y análisis serios y completos encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes (...) Del aludido principio de planeación, con los perfiles y el alcance señalados en la Ley 80 de 1993, emergen con obvedad los deberes, la diligencia, el cuidado, la eficiencia y la responsabilidad con los cuales ha de conducir sus actuaciones todo administrador público a quien se le confía el manejo de dineros y recursos que en modo alguno le pertenecen, que son de carácter oficial, que han de destinarse a la satisfacción del interés general,

el deber de precaver durante la etapa precontractual y no luego de celebrado el negocio jurídico, la disponibilidad de los predios en donde se habrían de ejecutar las obras objeto del contrato y, naturalmente, la apropiación de los recursos necesarios y suficientes que, a título de anticipo, entregaría al contratista para la financiación el proyecto.

De allí, es claro que la responsabilidad contractual de la entidad, eventualmente y de reunirse los elementos que la integran, podría verse comprometida por cuanto su actuación se apartó del aludido principio.

Ahora bien, en lo que atañe a la ausencia de inconformidades que sobre la suspensión del plazo contractual omitió consignar el contratista, se observa que, contrario a lo sostenido por la entidad demandada, al menos en lo que concierne a las tres suspensiones acordadas entre el 2 de junio de 1994 y el 16 de mayo de 1995, quedó demostrado en el plenario que el consorcio expresamente se reservó el derecho a que le fuera restituido el equilibrio económico del contrato dado que las causas que produjeron la suspensión eran atribuibles exclusivamente al HIMAT.

Con todo, subraya la Sala que, como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sección Tercera, el solo transcurso del tiempo no constituye una circunstancia que por sí sola sea suficiente para presumir la efectiva causación de los perjuicios que por ese concepto se deprecian. Resulta indispensable acreditar los mayores costos en los cuales el contratista habría de incurrir, producto de la mayor permanencia, lo cual, en este caso, no se probó³⁵.

Cabe precisar que los perjuicios reclamados por la mayor permanencia en obra acaecida durante el lapso examinado corresponden a los sobrecostos que supuestamente debió soportar el contratista por aumento del AIU y pérdida de oportunidad por la prolongación del plazo.

Sin embargo, ocurre que en el plenario no obra prueba de que durante el período indicado el contratista hubiera incurrido en erogaciones correspondientes a costos de administración, encaminados al pago de personal, vigilancia o arriendos

en desarrollo de las funciones y precisas competencias atribuidas a la respectiva entidad, con miras al cumplimiento de los fines estatales y la satisfacción del interés general”.

³⁵ Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, 20 de octubre de 2014, Exp. 24.809, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

asociados con la obra, hubiera tenido maquinaria cesante o hubiera pagado alquiler de equipos por ese lapso.

Por el contrario, como se anotó en precedencia, en el mes de abril de 1995, encontrándose próximo el inicio de la obra, el contratista en varios escritos solicitó a la entidad que dispusiera de unos días adicionales para impartir la orden de inicio, habida consideración de que para entonces no se encontraba preparado para dar comienzo a la ejecución de actividades, circunstancia que, además de lo anotado en el párrafo anterior, se erige como un obstáculo para tener por acreditados los perjuicios reclamados por mayor permanencia en obra, ya que es evidente que la maquinaria, personal y demás elementos necesarios para empezar la ejecución de la obra solo fueron dispuestos cuando feneció el término de la suspensión.

Ahora, de entender que los perjuicios deprecados se fundamentaron en el aumento de costos directos de la obra derivado del cambio de vigencias fiscales por el paso del tiempo, debe advertirse que durante el plazo de ejecución contractual se realizaron ajustes de precios de manera constante³⁶ en los términos pactados en la fórmula reajuste insertada en el contrato, cuyo propósito se dirigió precisamente a contener los efectos económicos nocivos resultantes del transcurso del tiempo.

En todo caso y por ser un argumento de inconformidad manifestado en el recurso impetrado por la parte actora, el aspecto atinente a la operancia de la fórmula de reajuste pactada será retomado en acápite posterior.

En consideración a lo expuesto, para la Sala no resulta viable el reconocimiento de los perjuicios por la mayor permanencia en obra acaecida durante el lapso analizado.

Del período comprendido entre el inicio de actividades y la terminación de la obra

El 16 de mayo de 1995 se determinó por las partes como fecha para iniciar la ejecución de la obra y para empezar a computar el plazo de ejecución contractual pactado en nueve meses. De ahí que su culminación estimada tendría lugar el 16 de febrero de 1996.

³⁶ Durante el término de ejecución contractual las partes elevaron 18 actas de reajuste de precios.

De la revisión de las probanzas que reposan en el plenario, la Sala evidencia que desde finales de abril de 1995 el contratista informó al interventor que el INAT no había entregado los planos de construcción que se habían solicitado en varias ocasiones y tampoco contaban con los cuadros de hierros de las estructuras³⁷.

Nuevamente, mediante oficio del 29 de junio de 1995 el consorcio solicitó los planos para las pilas tipos 4 y 9 para efectuar el despiece y el diseño de los estribos y de la pila del puente³⁸. Al mes siguiente, el 17 de julio de 1995, el consorcio informó a la interventoría que estaba dando inicio al cálculo de dimensionamiento de los hierros de las diferentes estructuras, lo cual tomaría un tiempo prudencial³⁹.

En escrito del 24 de julio de 1995, la interventoría le manifestó al contratista que el cuadro de despiece de hierros de los estribos, pila No. 2, pila No. 3 acceso y puente canal contenía información muy incipiente e indicó que para facilitarle el trabajo se adjuntaban todos los datos referentes al estribo tópico, su dimensionamiento tomado del plano No. 1005, su refuerzo basado en el plano 1006 y los requisitos mínimos para ganchos y traslapos de hierros y el cuadro de hierro para un estribo con la cantidad de varilla.

El interventor, en oficio del 25 de julio de 1995, nuevamente le comunicó que la información sobre el proyecto estaba a disposición del contratista. Sobre el plano No. 1006 expresó que no había longitudes específicas de hierro, pero basados en los requisitos mínimos universales para ganchos y traslapos había sido posible obtener la información suministrada sobre estribos.

También se indicó que siguiendo esa misma metodología se había obtenido la dimensión sobre las pilas 1, 2 y 3 y expresó que no tenía información sobre el refuerzo para las pilas mayores que la No. 3 y que por tanto se requería hacer su diseño por parte de un especialista de estructuras.

En agosto del mismo año la interventoría remitió al consorcio los cuadros de hierros para la construcción de las alcantarillas de cajón⁴⁰.

Finalmente, el 8 de septiembre de 1995, a través de oficio GG-053-95 el interventor

³⁷ Folios 240 C2.

³⁸ Folio 242 del C2.

³⁹ Folios 1078 C4.

⁴⁰ Folio 254 C2.

entregó al contratista los diseños para los puentes y el plano de diseños de las pilas de 6 a 12 mts de altura para los puentes – canales⁴¹.

De manera concomitante con lo anterior, a través de escrito del 16 de agosto de 1995, el contratista puso a consideración del INAT el cambio de ítemes por terraplenes con material del suelo – cemento⁴². Esta misma solicitud fue presentada el 4 de septiembre de 1995 por la interventoría, ante la entidad contratante, con el objeto de que se aprobara el cambio de ítem de terraplenes afirmados con material de excavación, con material de banco de préstamo y combinado, por terraplén y afirmado con mezcla de suelo-cemento y se determinaran los precios unitarios correspondientes⁴³.

La aludida solicitud fue respondida por la entidad en oficio del 18 de enero de 1995 en el que se pronunció frente a los ítemes adicionales y manifestó su anuencia en relación con los precios unitarios propuestos⁴⁴.

Por otra parte, las perforaciones de comprobación efectuadas por el contratista en cumplimiento a lo dispuesto en el pliego de condiciones para verificar el perfil estratigráfico para la construcción de las pilas de los puentes fueron entregadas a la interventoría el 29 de junio de 1995⁴⁵.

La interventoría consideró que las perforaciones de comprobación realizadas por el contratista no brindaban información suficiente para determinar las cotas definitivas de cimentación de los puentes canal y de los puentes vehiculares, por lo que se estimaba necesario profundizar en la calidad y cantidad de la información⁴⁶. La circunstancia descrita determinó la necesidad de efectuar una asesoría geotécnica por un especialista en suelos.

El 25 de septiembre de 1995, el contratista presentó el informe de la asesoría geotécnica de las perforaciones realizado por el especialista Aquiles Arrieta⁴⁷.

El 29 de noviembre de 1995, el consorcio y la firma interventora se reunieron con el

⁴¹ Folio 268 C2

⁴² Folios 805-806 C3.

⁴³ Folios 356- 357 C4.

⁴⁴ Folios 799-804 C3.

⁴⁵ Folios 241 a 242 C2.

⁴⁶ Tal cual se desprende de lo consignado en el acta de reunión llevada a cabo el 29 de noviembre de 1995. Esa información también se extrae del oficio de 6 de octubre de 1995, suscrito por el contratista y dirigido al interventor folios 309 a 311 C2.

⁴⁷ Folios 274 a 257 C1.

fin de tratar los temas relativos a las causas de la demora en el inicio de la ejecución y a analizar la posibilidad de una ampliación en el plazo⁴⁸.

Las causas de las demoras que en esa oportunidad se esgrimieron fueron las siguientes:

- Los planos de construcción de las obras en concreto estaban incompletos y no existían diseños para construir pilas con alturas mayores a 5 mts, mientras que en la obra se requerían pilas de 12 mts.
- La entidad no entregó las cartillas de despiece de los hierros de las estructuras en concreto reforzado.
- Los planos de los dos puentes vehiculares entregados no resultaban ajustados al proyecto, por cuanto presentaban un apoyo central que interfería con el funcionamiento hidráulico del canal, por lo que era necesaria su modificación.
- La interventoría consideró que las perforaciones de comprobación realizadas por el contratista no brindaban información suficiente para determinar las cotas definitivas de cimentación de los puentes canal y de los puentes vehiculares, por lo que se estimaba necesario profundizar en la calidad y cantidad de la información.
- El área de ejecución del proyecto fue reducida de 120 mts, descritos en los pliegos, a 40 mts, como resultado de las negociaciones realizadas entre los propietarios de los terrenos y el INAT, circunstancia que varió las condiciones relacionadas con los ítemes de excavación.
- Se hizo necesario cambiar la especificación del ítem de terraplenes y afirmados por terraplenes y afirmados en suelo-cemento, ya que las canteras de los municipios de Chicoral y San Luis, de donde se iban a extraer los materiales, no tenían los respectivos permisos de explotación y de carácter ambiental.
- La planta de producción de concretos Diamante ubicada en zona cercana al lugar de las obras que se tuvo en consideración por el contratista para realizar la estructuración de precios, para la época en que inició la ejecución de labores fue trasladada a otro lugar y en su reemplazo fue instalada otra planta de menor capacidad de producción que se ubicó en un lote localizado al otro lado del río, cuestión que implicó mayor dificultad en la consecución

⁴⁸ Folios 381-383 C1.

de la cantidad necesaria de concreto y sobrecostos del acarreo ya que la distancia se alargó en 20 Kms.

Lo anterior, en criterio de los asistentes, trajo como consecuencia una demora de 120 días en la ejecución de las obras.

La mencionada reunión se aplazó por la inasistencia del representante del INAT y se reanudó el 18 de diciembre de 1995. Sin embargo, en esa ocasión no se adoptó determinación alguna dirigida a ampliar el plazo contractual⁴⁹.

El 4 de diciembre de 1995 el consorcio remitió un escrito al interventor en el cual solicitó la ampliación del plazo y reiteró las mismas razones expuestas en oportunidad anterior como causantes de retraso y demora, entre ellas, la relativa al inconveniente presentado en torno al suministro de concreto y a los incumplimientos de su proveedor.

En el entretanto, ese mismo día el INAT, a través de Resolución No. 4962, declaró parcialmente incumplido el Contrato No. 313 de 1993, tras evidenciar que existía un atraso en su inversión equivalente a \$334'504.123. Como consecuencia, impuso al contratista una multa en cuantía de \$16'725.206⁵⁰.

A inicios del año siguiente, el 22 de enero de 1996, las partes signaron el acta de precios no previstos de los ítemes cuya ejecución atendía a las necesidades constructivas de la obra, correspondientes a: terraplén en suelo-cemento, afirmado en suelo-cemento, cuneta en concreto e=5 cm, geotextil para filtro y mortero para protección de taludes⁵¹.

El 30 de enero de 1996, las partes celebraron el Contrato Adicional No. 1 al Contrato No. 313 de 1993, por el cual acordaron prorrogar el plazo de ejecución en cuatro meses y medio⁵².

Al otro día, 31 de enero, los contratantes suscribieron el acta de modificación de cantidades que se fundamentó en las razones que se transcriben:

“1.- Las cantidades de obra originalmente contratadas han variado

⁴⁹ Folios 401 C1.

⁵⁰ Fls. 383-386 C1.

⁵¹ Folios 379-380 c1.

⁵² Folios 1077 C4.

teniendo en cuenta las condiciones reales del terreno.

“2.- En desarrollo de los trabajos objeto del contrato, se ha establecido que las canteras cuyos materiales cumplen con las especificaciones técnicas y permisos de explotación en regla, encarecen las obras por las distancias de acarreo, por lo cual se definió trabajar para los terraplenes y afirmados con los materiales provenientes de la excavación mejorados con cemento.

“3.- Para una mejor protección del canal, es necesario colocar filtros revestidos con geotextil que den garantía de funcionalidad de los mismos con el tiempo.

“4.- No existía en el contrato original el ítem de cunetas revestidas en concreto, las cuales son indispensables para la protección de la vía y el cuerpo del canal.

“5.- Debido a las características reales del suelo encontrado y a las condiciones del clima imperantes en la región, es necesario proteger y afinar los taludes de la excavación con anterioridad a la construcción de las placas de recubrimiento del canal”.

En esa oportunidad también se incluyeron los ítemes correspondientes a terraplenes en suelo cemento, afirmado en suelo cemento, cuenta e= 5cm, geotextil para filtro y mortero para protección de taludes.

Luego, mediante Resolución No. 472 del 29 de febrero de 1996, el INAT resolvió el recurso de reposición interpuesto por la aseguradora Latinoamericana de Seguros S.A. contra la declaratoria de incumplimiento contractual y, aun cuando la entidad confirmó dicha determinación, modificó el valor de la multa impuesta para reducirla a la suma de \$1'163.668, por considerar que el incumplimiento del contratista se presentó en una menor proporción⁵³.

El 26 de junio de 1996, las partes acordaron suspender la ejecución del Contrato No. 313 por un mes, por cuanto se requería que el INAT tramitara la consecución de los recursos ante el Fondat para poder cumplir las metas físicas, en atención a que el préstamo de cofinanciación No. 2667-co, otorgado por el Banco Mundial, terminaba el 30 de junio de ese año⁵⁴.

En el mencionado documento se dejó constancia de que el INAT no reconocería al

⁵³ Folios 403-415 C1.

⁵⁴ Folios 416-417 C1.

contratista pago alguno por concepto de los equipos que quedaran en stand by.

El 26 julio de 1996 y el 26 de agosto del mismo año, las partes prorrogaron el término de suspensión por un mes más, manteniendo las mismas condiciones estipuladas en el acta anterior⁵⁵.

El 20 de septiembre de 1996 se reanudó el plazo contractual por haber desaparecido las causas que dieron origen a la suspensión⁵⁶.

El 23 de septiembre de 1996 las partes celebraron un contrato adicional al Contrato No. 313, por cuyo mérito extendieron el plazo en cuatro meses⁵⁷. Según el escrito de sustentación de la interventoría, se requería una adición en el precio de \$415'000.000 para terminar la meta física contratada (mayores cantidades de ítems contractuales), más una ampliación del plazo de dos meses⁵⁸.

El 20 de noviembre de 1996, los extremos co – contratantes, mediante contrato adicional, aumentaron el valor del negocio primigenio en \$415'000. 000.oo⁵⁹.

El 3 de febrero de 1997 culminó el plazo de ejecución contractual.

Por último, el 11 de abril de 1997 las partes suscribieron el acta de entrega y recibo final de obras correspondientes al Contrato No. 313, en cuyo contenido se dejaron las siguientes anotaciones:

“Debido a que las cantidades de obra resultaron mayores a las previstas originalmente en el contrato y en la adición posterior, no se terminaron todas las obras, quedando pendiente por ejecutar por parte del INAT los rellenos para accesos vehiculares al puente canal, la protección en piedra para los accesos al puente canal y de igual manera la protección en piedra para protección de las pilas en el puente canal de la quebrada el Guarapo.

“Las obras del presente contrato se reciben como concluidas, a satisfacción de la interventoría, así como las mayores cantidades de obra realizadas, cuyo valor se presenta para su pago con el Acta de

⁵⁵ Folio 418 - 415 C1.

⁵⁶ Folio 420 C1.

⁵⁷ Folio 421 C1.

⁵⁸ Folios 1085 del C4.

⁵⁹ Folio 422 C1.

*Liquidación Final del contrato*⁶⁰.

De conformidad con el informe técnico de obra ejecutada, rendido por el Subdirector del INAT, las actividades realizadas en desarrollo del Contrato No. 313 de 1993 fueron las siguientes⁶¹:

- a- Canal de conducción revestido en concreto de espesor 7 cms, con sección transversal de 20 m² y longitud de 2.830 metros.
- b- Dos (2) puentes vehiculares para camión 3-S2 con longitud total de 41 metros.
- c- Tres (3) puentes canal para conducción de agua de sección 5.1 X 5.1 metros (tipo box-culvert) y longitud total de 375 metros, con paso vehicular en su placa superior para camión 3-S2.
- d- Dos alcantarillas cajín (Box culvert) de sección 2 x 2 metros de longitud total de 110 metros.
- e- Vía vehicular en longitud total de 2.500 metros, con terraplenes, sub – base granular de espesor 0.30 metros y pavimento en suelo-cemento con espesor de 0.10 metros.

Del escenario fáctico que se deja despejado, la Sala concluye que el plazo de ejecución contractual que inicialmente se previó en nueve meses, se extendió por espacio de 23 meses. Igualmente, los acontecimientos relatados permiten identificar como principales causas determinantes de la aludida prolongación, las que a continuación se enlistan:

- Los planos y diseños se encontraban incompletos.
- La necesidad de efectuar un estudio geotécnico y perforaciones adicionales.
- El cambio de especificaciones en el ítem de terraplenes y afirmados por dificultades en la obtención de las fuentes de materiales.
- Suministro de concreto por traslado de la cementera Diamante.
- Falta de recursos para pagar al contratista por vencimiento del crédito.

Al respecto, la Sala evidencia que tanto la necesidad de realizar un estudio geotécnico para las perforaciones adicionales, como el cambio de especificación en el ítem de terraplenes y afirmados y la dificultad en el suministro de concreto

⁶⁰ Folios 423 c1.

⁶¹ Folios 1072-1076 c4.

constituyeron circunstancias cuya ocurrencia resulta atribuible al consorcio contratista por las razones que pasan a explicarse.

En cuanto hace al estudio geotécnico y las perforaciones adicionales advierte la Sala que, con sujeción a lo previsto en el pliego de condiciones, la carga de su elaboración se asignó al contratista quien, desde un inicio, por la dinámica inherente a la actividad que se le encomendaba, consistente en la medición del perfil estratigráfico tenía conocimiento acerca de la necesidad de ser asistido en su realización por un especialista en suelos para obtener la información requerida como resultado de las perforaciones de comprobación e interpretar los resultados y en esos términos fue sentado en la correspondiente disposición precontractual.

En efecto, en lo atinente a la actividad consistente en las perforaciones, en el pliego se estableció:

“5.29 PERFORACIONES.

“5.29.1 Descripción.

“Este trabajo consiste en la ejecución de perforaciones de comprobación en los sitios donde se construirán los puente – canales con el fin de conocer las características geotécnicas del suelo de cimentación de las pilas, realizando ensayos in situ para determinar parámetros de resistencia del suelo.

El contratista deberá suministrar el equipo, personal, perforador, agua de perforación, realizará la localización topográfica de los sondeos y contará con la asesoría de un ingeniero de suelos para la interpretación de los resultados.

“El equipo a utilizar para la ejecución de las perforaciones deberá corresponder al tipo de material que se encuentre en los sitios seleccionados.

“5.29.2. Medición.

Las perforaciones realizadas de acuerdo con los estándares internacionales se medirán tomando como unidad el metro lineal, con aproximación de un decimal.

La medición se realizará desde la boca de la perforación hasta el fondo de la misma.

“5.29.3. Pago.

El precio unitario deberá incluir todos los costos de: transporte del equipo hasta el sitio del proyecto, transporte entre sondeos, suministro del agua de perforación, excavaciones, trochas, plataformas, cuadrillas de personal adicional, etc, requerido para el transporte e instalación de los equipos y personal, la supervisión de los trabajos de perforación, el sueldo y viáticos del personal de perforación y supervisión, la localización topográfica de los sondeos y la tarifa propiamente dicha de la perforación”.

En esas condiciones, la Sala no estima ajustado considerar, como lo apuntó el libelista, que la asesoría geotécnica condensada en el informe relacionado anteriormente era ajena a la órbita contractual, pues desde un comienzo se encontraba prescrito que era indispensable contar para su elaboración con un ingeniero de suelos.

Lo anotado conduce a concluir que el tiempo adicional que se empleó para su elaboración por indicación de la interventoría no puede atribuirse a la conducta de la entidad pública, dado que su realización hacía parte integral de la labor asignada al contratista.

Igual conclusión debe hacerse extensiva en lo que concierne al cambio de las especificaciones de los ítemes de terraplenes y afirmados con material de excavación, material de banco de préstamo y combinado, por material suelo - cemento, pues aunque, ciertamente, la entidad tardó en definir si aprobaba la modificación de materiales sugerida por la interventoría y el contratista, así como los nuevos precios unitarios indicados, no puede dejarse de lado el hecho de que la causa generadora de la necesidad de esa variación se encontraba en la esfera de responsabilidad del contratista.

Al respecto cabe recordar que la construcción de los terraplenes con material de excavación y de banco de préstamo no se pudo llevar a cabo porque, de conformidad con lo afirmado por el contratista y la interventoría, ninguna de las canteras de San Luis y Santa Bárbara, aledañas a la zona, contaba con permiso del Ministerio del Medio Ambiente ni de Cortolima para operar, además de lo cual las vías de acceso tenían estructuras que no permitían el paso de vehículos de más de 10 toneladas, mientras que los utilizados en la obra tenían peso superior a 20 toneladas.

Igualmente, se informó por el contratista que las otras canteras estaban muy distantes, aproximadamente a 80 Km, lo cual acarreaba un costo de transporte muy elevado para considerarse⁶².

En consonancia con lo señalado viene al caso traer a colación que, con arreglo al numeral 5.7 del pliego de condiciones, se previó:

⁶² Así lo indicó el contratista mediante oficio del 12 de diciembre de 1995 folios 304 C2.

“5.7. TERRAPLENES

“5.7.1. DESCRIPCIÓN.

Este trabajo consiste en la escarificación, nivelación y compactación del terreno o del afirmado en donde halla de colocarse un terreno nuevo y el suministro, colocación, humedecimiento o secamiento, conformación de capas de material para conformar terraplenes que servirán para construcción de canales, diques, carretables, etc, de acuerdo a alineamientos, perfiles y secciones que se indiquen en los planos u ordene el interventor. Por tanto, el CONTRATISTA deberá suministrar la planta, equipo, mano de obra y materiales que se requieran para efectuar dichas operaciones.

“5.7.2. MATERIALES

Los terraplenes podrán ser contruidos con materiales provenientes de excavaciones o de préstamos, deberán estar libres de sustancias deletéreas, de materia orgánica y sustancias perjudiciales según el tipo de obra a ejecutarse”.

Lo anotado debe acompasarse con la previsión contenida en el numeral 2.06 del pliego a cuyo tenor se dispuso:

“2.06. FUENTES DE MATERIALES.

En el plano GE-03 se muestra la localización de las fuentes de materiales y en los planos GE-04 y GE-05 las características de los materiales de préstamo; HIMAT presenta estos datos con carácter informativo, el contratista deberá verificar la calidad y cantidad de los materiales de los bancos de préstamo, siendo de su responsabilidad las deducciones y conclusiones a que se llegue”.

Con apoyo en las previsiones precontractuales que se analizan, para la Sala surge con nitidez que la obtención de los materiales de excavación o de banco de préstamo en las condiciones de calidad y cantidad exigida correspondía asumirla al contratista a quien le asistía la carga de precaver su disponibilidad antes del inicio de la ejecución y no oponer su ausencia a la contratante durante el plazo contractual.

Los mismos razonamientos sirven de fundamento en lo que respecta a la dificultad advertida en la consecución del concreto por traslado de la cementera Diamante, dado que la obtención de todos los materiales para la construcción de la obra⁶³,

⁶³ Ver numeral 3.7 del pliego de condiciones cuyo contenido versó sobre los materiales proporcionados por el contratista.

eran de su exclusiva responsabilidad, pues no de otra forma podría cumplir con la ejecución del objeto contractual en la forma y términos previstos.

Ahora bien, aun cuando las circunstancias analizadas como causantes de retraso resultaron imputables al contratista, lo cierto es que en la prolongación del plazo también incidió en gran medida la ocurrencia de hechos atribuibles a la entidad pública concretados, esencialmente, en la ausencia de planos y diseños completos y adecuados y la falta de recursos para hacer los desembolsos correspondientes a los pagos del proyecto.

En efecto, se acreditó que, luego de varias solicitudes elevadas por el consorcio ante la entidad, varias manifestaciones de inconformidad que giraron en torno a los documentos incompletos, a la ausencia de diseños para construir pilas con alturas superiores a 12 mts, a la falta de coincidencia entre los planos y las especificaciones de los puente canales y a las falencias en las especificaciones de estructuras y cimentación, los planos y diseños definitivos se entregaron al contratista en septiembre de 1996, es decir, luego de haber transcurrido cuatro meses desde el inicio de la obra, casi que a la mitad del plazo contractual previsto inicialmente en 9 meses.

La circunstancia descrita condujo a la necesidad de modificar los diseños estructurales de cimientos y pilas de los puente -canales.

Así mismo, se advierte que los acuerdos de suspensión producidos durante el plazo de ejecución contractual obedecieron a la falta de recursos para cumplir las metas físicas del contrato por causa de la terminación del préstamo de cofinanciación.

Igualmente, debe anotarse que existieron otras circunstancias como la necesidad de ejecutar obras adicionales, acompañadas de un incremento del valor en cuantía de \$415'000.000 y de mayores cantidades de obra que influyeron en la ampliación del plazo y que dieron lugar a la suscripción de algunas prórrogas.

Sin embargo, la Sala no considera que en estos últimos eventos hubieran concurrido hechos constitutivos de incumplimiento de alguna de las partes, pues en todos los casos los acuerdos sobre las obras y actividades a realizar, materializados en actas de mayores cantidades, de obras adicionales, de acuerdo de precios unitarios y

adiciones en plazo y en valor respondieron a las necesidades de la obra que a lo largo de su realización se fueron evidenciando.

Ahora bien, debe anotarse que comoquiera que la extensión del término contractual, eventualmente, pudo haber generado perjuicios al contratista, aunque no en la proporción que él reclama, por cuanto, según se demostró, existieron circunstancias generadoras de tardanza igualmente imputables al consorcio, debe reiterarse que su reconocimiento debía estar fundamentado en la prueba de la efectiva ocurrencia del perjuicio deprecado por la mayor permanencia en obra y no en una simple presunción amparada en la diferencia entre el tiempo convenido y el término que realmente duró la ejecución, como al parecer, lo entendió la primera instancia.

De la prueba de los perjuicios derivados de la mayor permanencia en obra comprendida entre el inicio de actividades y la terminación de la obra

En el plenario obran dos dictámenes practicados en el trámite de la primera instancia. El primero de ellos fue rendido como consecuencia de la solicitud elevada por las partes y de la orden impartida por el a quo en el auto que abrió el debate probatorio. El segundo fue elaborado como prueba dentro de la objeción por error grave formulada en contra del primero.

La primera instancia, luego de desestimar el primer dictamen pericial, por cuanto en él se conceptuó que la mayor permanencia en obra se dio por causas imputables al contratista y a fuerza mayor, acogió parcialmente la segunda experticia.

Con todo, el *a quo* se apartó del reconocimiento del factor de utilidad y tuvo en consideración únicamente el valor de costos de administración e imprevistos equivalente a 18.3% del valor del contrato y obtuvo como resultado la suma de \$345'333.587, calculada en nueve meses del plazo contractual.

Seguidamente proyectó la suma obtenida por el tiempo de mayor permanencia, estimado en 8 meses y 26 días a partir de la implementación de una regla tres simple, de lo cual resultó como producto el valor de \$340'217.534, suma que actualizada a la época del fallo arrojó un total de \$484'057.190.

No obstante, la Sala no comparte la decisión adoptada en primera instancia en relación con los perjuicios reconocidos por concepto de mayor permanencia en obra, pues, en criterio de esta instancia, su causación no se encuentra acreditada.

En el primer peritazgo efectuado por los auxiliares de la justicia Rafael Augusto Bobadilla Gutiérrez y Bernardo Murillo Gómez, frente a la solicitud de establecer el valor de los perjuicios padecidos por el contratista, como consecuencia de la mayor permanencia en obra, respondieron que las demoras fueron causadas por el contratista por cuanto así lo ratificaban los informes de la interventoría y porque, además, fue el consorcio el que solicitó las distintas prórrogas. Esta afirmación fue corroborada en el escrito de aclaración y complementación de la experticia⁶⁴.

Al igual que lo consideró la primera instancia, para la Sala no resulta viable acoger las conclusiones de la experticia analizada en cuanto, por un lado, versó sobre aspectos jurídicos cuyo examen son del resorte privativo del juez de la causa, como determinar a quién le resulta imputable la mora en la ejecución del contrato y, de otro lado, no aportó ningún elemento técnico para demostrar la real causación de los valores reclamados por mayor permanencia en obra.

Ahora bien, en el segundo dictamen⁶⁵ rendido por los peritos Hernando Giraldo Bermúdez y Julio Cesar Arguelles, realizado como prueba dentro del trámite de la objeción por error grave formulada contra la primera experticia, se observa que a los especialistas se les solicitó absolver la siguiente pregunta:

“4.4. Sírvase establecer el valor de los costos sufridos por el consorcio Construcciones Sigma Ltda. Valdivieso Franco Asociados y Compañía Ltda. Como consecuencia en la demora en la ejecución del contrato (mayor permanencia) que se reflejó en las ampliaciones que hicieron al plazo del contrato 313 de 1993. Para absolver esta pregunta los peritos deberán tener en cuenta el valor de los costos indirectos del contratista, así como las utilidades promedio mensuales que previsiblemente habría obtenido de la ejecución normal del contrato y que no pudo obtener durante el tiempo en su mayor permanencia”.

Parar resolver el interrogante planteado, los peritos partieron por referirse a los costos directos de construcción de cualquier contrato de obra (materiales e insumo, mano de obra, maquinaria equipo y herramienta) e indirectos (AIU). A continuación,

⁶⁴ Folios 708-713 C2 y 727 -734 C2.

⁶⁵ Folios 30-53 C del dictamen.

analizaron las cláusulas del Contrato No. 313, contentivas del término y plazo de ejecución y las ampliaciones del período pactado.

Así mismo, indicaron que como en la propuesta base del Contrato No. 313 no se había exigido el análisis de costos, se tomaron aquellos indicados por el contratista en la demanda en función del plazo contractual y se proyectaron por el término en que se extendió el término por cuenta de las suspensiones y ampliaciones.

A partir de lo expuesto, dedujeron que era lógico que al incrementarse el tiempo de ejecución de la obra también se aumentaba el porcentaje de administración pero no en la misma proporción. En adición, precisaron que al duplicarse el plazo de ejecución de la obra era necesario duplicar el porcentaje de utilidades para que estas se conservaran constantes. Finalmente, concluyeron que el valor de mayor permanencia en obra ascendió a \$261'170.320, suma que obtuvieron de proyectar el porcentaje correspondiente a administración y utilidad por el tiempo calculado por mayor permanencia.

Como se aprecia, la práctica del dictamen se fundamentó de manera exclusiva en los datos del contrato, en los documentos de ampliación y suspensión del plazo y en la información consignada en la demanda, elementos que a todas luces resultan insuficientes y no cuentan con vocación probatoria para determinar la causación de los perjuicios presuntamente sufridos por el contratista por cuenta de la ampliación del plazo contractual.

Además, en su análisis los auxiliares de la justicia no tuvieron en consideración el hecho de que en las suspensiones al plazo contractual producidas durante la etapa de ejecución se dejó expresa constancia por las partes de que esa prolongación no generaría costos por la maquinaria que permaneciera en *stan by*, hecho que fue consentido por el contratista al signar el documento sin reserva alguna. Tampoco tuvieron en cuenta para efectos de sus cálculos las sumas adicionadas al valor del contrato.

Es claro que la práctica del dictamen no se apoyó en una información que reflejara la realidad económica del proyecto, aspecto cuyo análisis necesariamente abarcaba la revisión de las pruebas dirigidas a establecer los valores de la nómina o los montos que efectivamente fueron girados para hacer los pagos de salarios y

prestaciones en su favor, o los documentos de afiliación al sistema de seguridad social.

Igual suerte probatoria corrió lo relacionado con otros costos cobijados por el concepto de administración, habida cuenta de que no se demostró que se hicieran erogaciones superiores al porcentaje establecido en la propuesta inicial.

Para ese propósito debieron examinarse directamente los documentos atinentes al pago de personal, vigilancia, alquiler de maquinaria, equipos y todos aquellos que dieran cuenta de los demás costos que guardaran conexidad con la obra.

Sobre el particular, se recuerda que el contratista que, por estar dedicado al ejercicio de una actividad comercial, se encuentra obligado a llevar libros de contabilidad, tiene a su alcance la prueba de los costos reales en que incurrió en su actividad contractual y, por ello, su carga probatoria debe ser analizada en forma más estricta que aquella que se demandaría frente a un perjuicio ocasionado dentro de un contexto extracontractual.

Ciertamente, en el escenario del contrato estatal la prueba del daño, aunque no está sometida a una tarifa legal, se torna más exigente, puesto que -en casos como el que ahora ocupa la atención de la Sala- el contratista además de alegar la causa del daño tiene que allegar al proceso las pruebas de su ocurrencia, siendo una de ellas el mayor gasto en la ejecución del contrato, la cual debe acreditar con base en sus respectivos soportes y registros contables.

No bastaba entonces con solicitar la experticia para que con base en la sola propuesta, en el contrato y en los documentos contentivos de sus prórrogas y suspensiones se determinaran los mayores costos en que incurrió el contratista, por causa de la permanencia extendida en la obra, sin aportar elementos concretos encaminados a establecer si los costos reclamados por el demandante realmente se efectuaron. De esta manera, se concluye que el dictamen no aportó elementos de juicio para determinar la causación de los perjuicios reclamados por el apelante.

Tampoco reposan en el plenario otros medios de prueba dirigidos a demostrar los perjuicios solicitados.

Así las cosas, los argumentos de la apelación presentada por la parte demandada encaminados a obtener la revocatoria de la condena reconocida por la mayor permanencia en obra están llamados a prosperar.

Finalmente, en lo que atañe a esta cuestión la Sala precisa que si bien la parte demandante apeló el aspecto referente al monto reconocido por mayor permanencia en obra para que se aumentara la condena por reconocimiento de intereses sobre el valor determinado en primera instancia y se variara el índice inicial tenido en consideración para su actualización, los argumentos expuestos por la parte actora en relación con esta cuestión no tienen vocación de prosperidad, dado que se revocará la condena impuesta por este concepto.

5.2) De la ejecución de actividades no reconocidas en favor del contratista

Uno de los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto por la parte actora aludió a la falta de reconocimiento de algunas actividades y/o trabajos ejecutados en desarrollo del Contrato No. 313, específicamente las relacionadas con el costo del sobreacarreo correspondiente al ítem de empradización y el pago del recubrimiento esmaltado sobre el canal.

En ese orden, la Sala pasa a resolver la inconformidad plasmada.

Del sobreacarreo correspondiente al ítem de empradización

Sostuvo el libelista que la empradización consistía en la realización de las actividades necesarias para colocar el prado de la región en las bermas y taludes de los canales, con el fin de protegerlos de la erosión. Para llevar a cabo esta labor debía utilizarse el prado conseguido en las zonas aledañas al sitio de trabajo arrancándolo en cuadros de 50 x 50 cms y 30 x 30 cms.

Explicado lo anterior, indicó que el INAT dejó de reconocer el costo correspondiente a la actividad de sobreacarreo que se concretó en el valor del transporte del césped desde la distancia de acarreo libre (1 Km) hasta el lugar de disposición de dicho material.

En ese sentido, señaló que la distancia del sobreacarreo en el caso de la empradización fue de 30 Km por m³ del material, pues en la zona circundante al

(...).

"MEDIDA DE SOBRECARRERO

El número de metros cúbicos - estación en cada caso se determinará multiplicando el volumen del material del ítem correspondiente por el número de estaciones de sobrecarreos determinadas como se indicó anteriormente.

"5.8.4. PAGOS.

El sobrecarreos de materiales medido en la forma anteriormente descrita se pagará al CONTRATISTA a los precios unitarios estipulados en el ítem 8. ACARREOS.

Se entiende que es requisito indispensable para el pago de sobrecarreos, que los materiales transportados hayan sido correctamente dispuestos y compactados como se indique en los planos, lo describan las especificaciones o lo ordene el interventor".

En cuanto al ítem de empradización se plasmó lo siguiente:

"5.28. EMPRADIZACIÓN

"5.28.1. DESCRIPCIÓN

"Este trabajo consiste en la realización de las operaciones necesarias para ejecutar a mano la colocación de cespedón de la región en bermas y taludes de los canales para brindar una adecuada protección contra la erosión, de acuerdo a lo indicado en los planos o lo ordenado por el interventor.

*"Para la empradización se debe usar cespedón conseguido en zonas aledañas al sitio de trabajo arrancándolo en cuadros de 50*50 cms y 30*30 cms. Por consiguiente, el contratista deberá suministrar toda la mano de obra, equipo y materiales necesarios para ejecutar los trabajos a satisfacción, de acuerdo a las condiciones de esta especificación.*

"(...).

"5.28.3. MEDICIÓN Y PAGO.

Se medirá con aproximación de un decimal y se pagará por metro cuadrado, pago que incluye el suministro de mano de obra, equipo, regalías, preparación del terreno, transporte, descargue, colocación y suministros de materiales para colocación y mantenimiento".

En relación con este punto se evidencia que durante el plazo de ejecución contractual, el contratista, a través de escrito del 8 de mayo de 1996, solicitó a la entidad que reconociera en su favor el costo del sobrecarreos de la empradización, debido a que en la zona de las obras, por ser un área arenosa, no se consiguió el prado de las calidades exigidas en el pliego, de tal suerte que se vieron obligados a transportarlo desde una distancia promedio de 30 Kms.

Con base en lo anotado, advirtió que el acarreo por m3 para la región se cobraba a \$300/M3, sin expandir y la distancia del acarreo del prado fue de 30 Kms. En ese orden, el contratista manifestó que lo anterior significaba *“una adición de \$9.000.00/M3 que convertidos a M2 equivalían a \$2.250.00 para un espesor de 0.25 por área del cespedón”* y añadió que el precio de \$873.00 / M2 que se cobró en la propuesta no contemplaba el valor del sobreacarreo⁶⁶.

De otro lado, el ingeniero Juan Guillermo Pinzón Beltrán, representante de la interventoría del Contrato No. 313, en su declaración se refirió al aspecto relativo a la actividad de empradización en los siguientes términos⁶⁷:

“Para la ejecución del ítem de empradización y teniendo en cuenta que en las áreas cercanas al proyecto no se encontró un césped que cumpliera con la calidad de protector de taludes y que además fuera factible de trasplantar fue necesario traer el material de una distancia alrededor de 30 kilómetros”.

Más adelante el testigo añadió:

“El prado en los volúmenes solicitados y con las características requeridas se consiguió por parte del contratista y previa investigación de los ingenieros residentes, a una distancia de aproximadamente 30 Kilómetros. Quiero aclarar que los suelos aledaños a la obra son arenosos, lo cual no permite el crecimiento natural de los recubrimientos vegetales necesarios para la protección de los taludes del canal”.

Se tiene también que los dos dictámenes rendidos al interior del plenario, luego de efectuar una visita al lugar de las obras, coincidieron en señalar que las bermas, taludes y zonas aledañas al canal se encuentran empradizadas.

La cantidad de empradización de la obra recibida, de conformidad con el Acta No. 18 de recibo final de obra, ascendió a 33.979, 91 m²⁶⁸ y el precio unitario calculado en esa oportunidad fue de \$803.

⁶⁶ Folios 343-344 C1.

⁶⁷ Folio 21 C anexos.

⁶⁸ Folios 896 C3.

De acuerdo con el formulario de precios unitarios diligenciado con la propuesta presentada por el consorcio contratista, el valor unitario del acarreo calculado por el demandante fue de \$179 m³/km⁶⁹.

Según se extrae de las probanzas que se acaban de detallar, la Sala observa que en la medición de precio previsto para la actividad de empedrado, consistente en la colocación de prado de 50*50 ó 30*30 en las bermas de la zona de trabajo, el proponente debía incluir el transporte cuyo valor correspondía inicialmente al acarreo libre que para el caso de esa actividad comprendía 1 Km.

El pliego de condiciones previó también que la distancia que excediera la longitud del acarreo libre, denominada sobreacarreo, sería objeto de compensación adicional, la cual se pagaría al precio unitario establecido para el ítem de acarreo.

Así las cosas, la Sala encuentra demostrado que la empedración se llevó a cabo de manera satisfactoria, al punto que fue recibida, según acta final No. 18, en cantidad de 33.979 M². Igualmente, que, en observancia a lo declarado por el funcionario interventor del contrato, el prado materia de empedración debió trasladarse desde una distancia aproximada de 30 Km, por cuanto en la zona circundante al lugar de las obras no crecía césped de las calidades exigidas en el pliego, lo que generó un costo de sobreacarreo al contratista, cuyo pago procedía siguiendo la metodología insertada en el documento precontractual precisamente con ese propósito.

De lo advertido, la Sala considera que el pago del sobreacarreo del ítem de empedración debe prosperar, sin que ello entrañe el reconocimiento de una actividad adicional no prevista en las condiciones iniciales, dado que como se advirtió, fue la misma entidad pública la que en el documento base del contrato estableció los términos y condiciones en que procedía ese tipo de compensación.

Siguiendo ese orden, para proceder a su pago respectivo la Sala adoptará la metodología prevista en el pliego de condiciones, tomando como referencia los siguientes datos:

⁶⁹ Folios 1067 a 1068 C4.

- Cantidad de prado transportado y ubicado en el lugar requerido: 33.979,91 m².
- Espesor del cespedón transportado: 0.25 m⁷⁰.
- Precio unitario del acarreo previsto en la oferta: \$179 m³/Km⁷¹.
- Distancia/estaciones de sobreacarreo del ítem empradización: 29 Km⁷².

Volumen transportado= Cantidad de prado transportado (33.979,91 m²) x Espesor del cespedón transportado (0.25 m) = 8.494,97 m³.

Medida de sobreacarreo= volumen trasportado (8.494,97 m³) x distancia de sobreacarreo (29 km) = 246.354,13 m³ x km.

Valor total del sobreacarreo= Medida de sobre acarreo (246.354,13 m³ x km) x valor unitario del sobreacarreo previsto en la oferta (\$179 m³/km) = **\$44'097.389,27**.

Revestimiento con mortero sobre el canal

Sostuvo el apelante que una de las actividades que debían ejecutarse en cumplimiento del Contrato No. 313 de 1993 correspondía al recubrimiento o revestimiento en concreto del canal. Sin embargo, debido al diseño hidráulico del conducto y al permanente contacto con el agua, su acabado debía ser completamente liso, razón por la cual, según lo afirmó la demandante, la interventoría exigió que se esmaltaran dichas superficies y así procedió el contratista. Con todo, la entidad se negó al pago de dicha actividad por considerar que no se trataba de una labor necesaria.

El Tribunal de primera instancia negó las pretensiones relacionadas con el reconocimiento del valor del recubrimiento esmaltado, tras considerar que a pesar de que su ejecución fue acordada entre el interventor y el contratista, ciertamente no había mediado arreglo entre las partes encaminado a su realización y tampoco se habían fijado los precios unitarios para su elaboración.

Revisado el acervo probatorio se observa que mediante oficio del 12 de diciembre de 1995 el contratista le explicó a la firma interventora que era necesario efectuar

⁷⁰ Esta información se extrae del oficio del 8 de mayo de 1996.

⁷¹ Se recuerda que el costo del sobreacarreo, según el pliego de condiciones, se pagaría al mismo precio unitario del acarreo libre que comprendía solo un Km para el ítem de empradización.

⁷² A esta distancia se debe restar un Km correspondiente al acarreo libre cuyo pago se encuentra incluido en el valor unitario del ítem de empradización.

un tratamiento con un mortero a las paredes del canal, con el fin de que no se derribara, ya que al estar expuesta a la velocidad del viento dentro del canal y a las lluvias se presentarían derrumbes. Adicionalmente, presentó los precios unitarios previstos para la realización de las obras⁷³.

El 31 de enero de 1996, las partes suscribieron el acta de modificación de cantidades en la cual se acordó lo relativo a la variación del ítem de terraplenes y afirmado con suelo- cemento, filtro revestido con geotextil para la protección del canal y cunetas revestidas en concreto⁷⁴.

El 6 de marzo de 1996 el consorcio solicitó a la interventoría asimilar al ítem de pañete para protección de taludes, la actividad de recubrimiento con mortero de afinamiento que venía realizando sobre el canal por solicitud de esa firma para el fácil desplazamiento del flujo⁷⁵.

En oficio del 15 de marzo de 1996, la interventoría pidió al INAT que definiera el pago del ítem adicional de mortero de recubrimiento utilizado para dar un acabado óptimo al canal que permitiera el desplazamiento del flujo.

En ese escrito la interventoría expuso que el contratista había colocado un mortero de afinamiento en espesor aproximado de 5 mm sobre la superficie de las placas de recubrimiento para canal en concreto.

Igualmente, advirtió que, con sujeción al pliego de condiciones, el concreto para el revestimiento se prepararía y colocaría de acuerdo con las disposiciones pertinentes anotadas en las especificaciones -11.0-, con un tamaño máximo de agregado grueso de $\frac{3}{4}$.

A lo anterior sumó que, al tenor del pliego, en caso de presentarse defectos de la calidad del concreto, construcción o acabado o desviaciones mayores que las admisibles, el contratista debía demoler, remover y reconstruir a su costa las obras afectadas o hacer las correcciones que fueran del caso.

Atendiendo a ese contexto, la firma Gama Ltda., interventora del contrato, advirtió

⁷³ Folios 320 – 321C2, 843 C3.

⁷⁴ Folios 338-341 C2.

⁷⁵ Folios 345-346 C2.

que en consideración a que las paredes del canal tenían una pendiente de 42 grados y el espesor de la placa era de 7 cms, no resultaba posible trabajar con mezclas de concreto muy fluidas y tampoco era viable la utilización de vibradores que permitieran un acabado suficientemente liso.

Por lo anterior, la interventoría presentó ante la entidad un análisis de precio unitario, incluyendo insumos y mano de obra utilizados por el contratista en la colocación del mortero para recubrimiento de placas en el canal⁷⁶.

Frente a la necesidad de realizar el acabado del canal con recubrimiento de mortero, el ingeniero Juan Guillermo Pinzón, quien para la fecha de los hechos se desempeñaba como funcionario de la interventoría del Contrato No. 313, en su testimonio indicó:

“PREGUNTA: En relación con el acabado del recubrimiento del canal por favor explíquenos si dada la configuración hidráulica del canal era necesario un acabado esmaltado CONTESTÓ: yo no diría que el nombre correcto del acabado fuera esmaltado pero es necesario que este tipo de obras y para evitar su pronto desgaste de la estructura y el libre flujo del agua especialmente cuando las pendientes son pequeñas que la superficie sea lo más lisa posible dentro de unos costos y una ejecución de obras razonables. Teniendo en cuenta que la pendiente de los taludes del canal no permitía trabajar la estructura de recubrimiento con concretos muy fluidos que permitieran unos acabados menos rugosos ya que el concreto fluido se escurría hacia el fondo del canal y no permitía garantizar los espesores de recubrimiento, ni la calidad, ni la forma de la estructura de recubrimiento por esta razón el ingeniero residente de la interventoría recomendó al contratista la utilización de concretos más secos y su posterior afinado de la superficie exterior. PREGUNTA el contratista efectuó dicho acabado esmaltado o más liso. CONTESTÓ: se modificó el sistema original de trabajo y el contratista ejecutó acabados con la textura requerida para obtener impermeabilidad, durabilidad y eficiencia del funcionamiento del canal, cumpliendo así con los requisitos de la obra y la interventoría la recibió a satisfacción. PREGUNTA: qué consecuencias podría traer para la obra un acabo menos liso o rugoso. CONTESTÓ: el acabado rugoso hace la estructura de revestimiento menos impermeable, la oposición al libre flujo del agua hace que esta con el tiempo lo desgaste disminuyendo así su espesor y por tanto su resistencia, además de no permitir que el agua fluya libremente dentro de la estructura del canal lo cual para pendientes tan bajas como la del canal que se construyó no es muy conveniente”⁷⁷.

⁷⁶ Folios 347-348 C2.

⁷⁷ Folios 25 C de Anexos.

Igualmente, para verificar la realización de las actividades de recubrimiento del canal, en el trámite de la primera instancia se rindieron dos dictámenes.

En el primero de ellos, luego de que los peritos se trasladaran al sitio de la obra, se concluyó que el acabado del canal era concreto afinado a la vista y no esmaltado.

Esta conclusión guarda coincidencia con la precisión técnica de la declaración que acaba de referirse, en cuanto sostuvo que no se trataba propiamente de un acabado esmaltado, como inadecuadamente se había denominado en la demanda, sino de un recubrimiento con mortero para lograr un acabado liso o afinado.

Por su parte, en la segunda experticia realizada también a partir de la inspección ocular en el lugar de la obra, se conceptuó que durante la visita se había observado acabado liso o esmaltado en la sección cuadrada de los tres puentes canal y en la sección trapezoidal de las dos transiciones de entrada y salida de cada uno de ellos, todo lo cual abarcaba un área de 7.426,80 m².

Ahora bien, en relación con la necesidad de que el recubrimiento tuviera un acabado liso, en el aludido dictamen se conceptuó que no era la configuración hidráulica y su utilización lo que exigía el cumplimiento de esa condición, sino la figuración geométrica del conducto, comoquiera que sus paredes tenían una pendiente muy pronunciada y ello traía consigo que su revestimiento en concreto seco fuera de difícil manejo en el momento de su colocación.

En ese sentido explicaron los auxiliares que:

“Durante su colocación en desarrollo de los trabajos de conformación y afinado de paredes y base, el cual con posterioridad a su vaciado presentaría áreas con notorias porosidades y rugosidades generadoras de pérdida de caudal tal situación amerita un acabado superficial, final liso o esmaltado a fin de mejorar la eficiencia y vida útil del canal”.

De lo expuesto hasta ahora resulta claro para la Sala que el trabajo consistente en realizar el acabado liso con mortero se llevó a cabo por el contratista, al menos, en el área expresada por los peritos.

Igualmente, está demostrado que durante el desarrollo de la obra el consorcio se sujetó a los lineamientos del pliego en cuanto al revestimiento de canales en placas de concreto fundidas en el sitio, tal cual se establecía en el numeral 5.24.7 a 5.24.11 del pliego.

Sin embargo, pese a lo anterior, durante la ejecución de esos trabajos se evidenció la necesidad de variar las especificaciones relativas al acabado de la placa de revestimiento, habida cuenta de que el proceso constructivo de la misma representaba serios inconvenientes dado que, por la inclinación de la paredes laterales, el manejo del concreto en el espesor indicado por el pliego podría generar escurrimientos a la base del canal, situación que, a su turno, en vez de permitir un acabado afinado como se exigía, daría lugar a que surgieran rugosidades y porosidades en la superficie. Las circunstancias anotadas, a su vez ocasionarían una pérdida de caudal e irían en oposición a las características hidráulicas determinadas en su diseño inicial.

Tras advertir esta situación, el interventor la puso en conocimiento de la entidad con el fin de que se acordaran los precios unitarios correspondientes al revestimiento de canal con mortero, actividad que se venía realizando por el contratista, dada la necesidad de la protección del conducto. Frente a lo anterior, el INAT guardó silencio.

Esclarecido el escenario fáctico que antecede, para la Sala lo relatado en modo alguno permite sostener que el interventor hubiera obrado por fuera de la órbita contractual o hubiera exigido unilateralmente la realización de obras adicionales a las contratadas sin lograrse previamente un acuerdo sobre su ejecución entre el contratista y la entidad, como al parecer lo consideró el *a quo*.

En criterio de la Sala, lo acontecido fue sencillamente un reflejo del ejercicio del poder de instrucción en aspectos técnicos, del cual se dotó expresamente al interventor por las disposiciones del pliego de condiciones.

Conciérne traer a colación que en el numeral 5.24.7 del pliego, al describir el proceso de revestimiento de canales con placas de concreto fundidas en el sitio, se consignó que el espesor de las placas y los tramos de los canales serían los indicados en los planos o los que ordenara el interventor.

Siguiendo esa misma dinámica, en el numeral 5.24.11 se previó que el contratista debía incluir dentro de los precios unitarios del revestimiento del canal los costos de suministro de todos los materiales, equipos, formaletas, juntas, servicios y mano de obra necesaria para ejecutar estos trabajos, de acuerdo con las especificaciones técnicas, los planos y las órdenes del interventor.

Así pues, es de concluir que la instrucción impartida por el interventor no recayó sobre una obra o actividad que no se hubiere acordado de inicio por las partes. En efecto, con arreglo a las condiciones del pliego, se convino que los canales debían tener una placa de revestimiento en concreto, solo que la especificación relacionada con el material de cubrimiento sufrió una variación por cuanto la empleada en un principio generó ciertas dificultades en su manejo, por causa de las condiciones geométricas del canal, razón por la cual para lograr un acabado liso fue indispensable la implementación y colocación de ciertas cantidades de mortero, esto es, un material diferente al concreto convenido y utilizado al comienzo.

Corolario de lo expuesto, la Sala considera ajustado el reconocimiento de los valores reclamados por concepto de la ejecución de la actividad consistente en revestimiento del canal con mortero.

Para ese propósito, se tomará en cuenta el área de implantación de la aludida protección con mortero de los canales, el cual, según la experticia practicada por los peritos Hernando Giraldo Bermúdez y Julio Arguelles Ochoa, a través de medición directa en el sitio de trabajo, fue de 7.426,80 m².

A efectos de determinar el precio unitario por metro cuadrado de la referida actividad, la Sala adoptará el valor ofrecido por el contratista a la entidad en el escrito del 6 de marzo de 1996, en el cual solicitó a la interventoría asimilar la actividad de recubrimiento con mortero de afinamiento que venía realizando sobre el canal, al ítem de pañete para protección de taludes, cuyo precio unitario fue acordado por las partes en el acta de modificación de cantidades y fijación de precios unitarios del 31 de enero de 1996, en cuantía de \$4.094,30⁷⁸.

La justificación de este tratamiento económico análogo radica en que las dos actividades de revestimiento, en un caso de taludes y en otro del canal, se realizaron

⁷⁸ Folios 338-342 C2.

con el mismo material, esto es, con mortero cuyo costo por las razones anotadas, además de ser el mismo, en el primer caso fue convenido con el INAT y aceptado por ésta para la actividad de protección de taludes.

En el orden expuesto se tiene que:

Valor del revestimiento del canal con mortero = 7.426,80 m² (área revestida) x \$4.094,30 (precio unitario).

Valor del revestimiento del canal con mortero = **\$30'407.547,24.**

5.3) De la inoperancia de la fórmula de reajuste prevista en el contrato

En síntesis, el reproche del libelista se centra en cuestionar la fórmula de reajuste insertada en el pliego de condiciones posteriormente incorporado en el contrato, pues en su sentir la misma no reflejó el verdadero aumento de costos de adquisición de materiales de construcción que se presentó durante la ejecución de la obra, situación que generó una mayor onerosidad en la realización del proyecto que calculó en cuantía de \$495'640.926.

Para apoyar su argumentación refirió que si bien el aumento previsto en la fórmula de reajuste se supeditó a los costos de construcción contenidos en la Resolución No. 15230/91 del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, lo cierto era que de acuerdo con los índices previstos en la revista Construdata, especializada en Construcción, se evidenciaba que el incremento de costos fue mayor al previsto en el acto administrativo del Ministerio.

Para estudiar el cargo de reproche, la Sala se remitirá a la previsión contractual contentiva del pacto de la fórmula de reajuste convenido al siguiente tenor:

“PARÁGRAFO TERCERO. Para cubrir el mayor valor de los trabajos que por aumento en los costos pueda incurrir en relación a la propuesta original del CONTRATISTA, el HIMAT reconocerá a aquel, como única compensación por dicho aumento un reajuste automático sobre los precios unitarios originalmente propuestos, reajuste que se calculará y se consignará en acta elaborada y suscrita por el interventor y el contratista. El cálculo se hará aplicando la siguiente fórmula: “ $P = P_o \times I / I_o$, donde $P =$ valor de la obra reajustada; P_o : Valor de obras según los precios unitarios del contrato; I : Índice correspondiente al mes anterior a aquel

en que se pague la obra ejecutada, cuando esta corresponda al menos a la cuota parte del programa de trabajo al que hace referencia la cláusula octava. El costo de las obras ejecutadas en fechas posteriores a las programadas se reajustará tomando los índices de reajuste de precios correspondientes a las fechas en que las obras fueron programadas; lo= índice en el mes de presentación de la propuesta o el de fijación de precios unitarios no previstos. El Índice (I) para grupo de obra corresponde al definido en la Resolución 15230 del 10 de diciembre de 1991 del Ministerio de Obras Públicas y Transporte”.

Identificados los términos del convenio frente al reajuste de precios, para la Sala no son de recibo los cargos de la impugnación concernientes a la materia que se estudia, por las siguientes razones:

En primer lugar, se precisa que el indicador de fluctuación de precios ensamblado en el negocio jurídico atendió a un factor objetivo de medición, adoptado por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, a través del cual se estableció el sistema para el cálculo de los índices para el ajuste de precios en los contratos de obra pública a precios unitarios y no existe dentro del plenario prueba técnica alguna dirigida a desvirtuar la idoneidad de ese mecanismo de compensación.

Por el contrario, en el segundo dictamen practicado en el trámite de la primera instancia por los ingenieros civiles Giraldo Bermúdez y Arguelles Ochoa, cuyas conclusiones paradójicamente la parte actora en su recurso solicitó que se acogieran en su integridad, se conceptuó que la integración de los elementos y variables prescritas en la Resolución No. 15230/91 daban como resultado la fórmula acertada para obtener el valor del ajuste automático que habría de cubrir el aumento de costos presentados durante la ejecución de la obra específica objeto del Contrato No. 313.

Como segundo punto, debe resaltarse que la misma fórmula de reajuste de precios prevista en el contrato y los factores tenidos en cuenta para determinar el aumento de costos fueron puestos en consideración de los interesados en presentar propuesta desde la publicación del pliego de condiciones, de tal suerte que desde entonces el futuro contratista, en su calidad de experto en construcción y dada su condición de colaborador de la Administración, bien pudo poner de manifiesto ante la entidad la circunstancia alegada. Sin embargo, guardó silencio⁷⁹.

⁷⁹ Sentencia proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 9 de abril de 2015, dentro del expediente No. 32.774, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Tampoco reposa en el plenario prueba acreditativa de que durante el período de ejecución el contratista hubiera elevado reclamación ante la entidad pública encausada a revisar o a replantear la fórmula de reajuste de precios. Todas las reclamaciones efectuadas por el consorcio se encaminaron a lograr el pago de obras adicionales, mayores cantidades, variación de ítemes, a censurar la mora en el pago de los actas de reajuste de precios y, en general, a discutir situaciones y circunstancias generadoras de retardo y mayor onerosidad en la ejecución del contrato, pero ninguna a ventilar la inoperancia de la fórmula de reajuste de precios con argumentos claros e inequívocamente dirigidos a que se reconsiderara la metodología insertada en el contrato, cuestión que, al tenor de la tesis jurisprudencial citada, revela una falta al principio de buena fe y lealtad contractual que se exige de ambos extremos.

De otro lado, se precisa que el mismo apelante afirmó que la revista Construdata mencionada como referente del aumento real de precios en el mercado, desde el año 1980, esto es, 12 años antes de la apertura del procedimiento de selección, había recogido y sistematizado los precios de la actividad constructiva y los datos que allí se registraban no se compadecían con la información recopilada por el ente

“Luego, si lo que ocurre en un determinado asunto es que una de las partes está inconforme con la fórmula de reajustes inicialmente convenida y nunca alega dicha situación en el curso de ejecución del contrato y posteriormente en sede contencioso administrativa pretende que se le indemnicen unos perjuicios derivados de la ruptura del equilibrio económico del contrato supuestamente ocasionada por la fórmula de reajuste con la que siempre se mostró de acuerdo vulnerando con ello lo acordado, ese comportamiento es totalmente contrario al deber de buena fe que deben observar las partes contratantes en sus relaciones contractuales”.

Sentencia proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 28 de mayo de 2015, dentro del expediente No. 36.644, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

“Luego, si lo que ocurre en un determinado caso es que con ocasión de la celebración de un contrato una de las partes contratantes solicita el restablecimiento de la ecuación económica que a su juicio se ha visto rota porque los índices utilizados en la fórmula de ajuste de ajustes convenida no reflejó las verdaderas variaciones de los precios, en esta hipótesis no solo se debe acreditar que dicha fórmula efectivamente generó pérdidas considerables, sino también que esa circunstancia era imprevisible e irresistible al momento de proponer o contratar y haberla alegado dentro de la oportunidad prevista para ello.

“En efecto, si una de las partes contratantes afirma que se rompió el equilibrio económico del contrato por que los índices de la fórmula de ajustes convenida no reflejo las variaciones de los precios, para proceda su restablecimiento, quien alega la ruptura no solo debe acreditar que esa circunstancia le generó pérdidas, sino también que alteró de forma grave y anormal la economía del contrato y que la alegó oportunamente”.

ministerial en su Resolución No. 15230 del 10 de diciembre de 1991, publicada un año antes de la apertura del procedimiento de selección.

Así pues, es claro que para el momento de presentar la propuesta, atendiendo a la situación narrada por el consorcio, en modo alguno resultaba imprevisible el hecho de que la Resolución No. 15230 del Ministerio de Obras Públicas no reflejara supuestamente el verdadero aumento de costos de construcción, dado que su publicación antecedió un año a la apertura del procedimiento de selección y desde entonces se había podido cotejar la información que allí constaba con la vertida en la revista Construdata por ser ese el referente que ahora se ofrece por el demandante.

Finalmente, la Sala advierte que no está acreditado en el plenario que la fórmula de reajuste prevista en el texto contractual hubiera impactado negativamente la economía del acuerdo, toda vez que no existe evidencia de los costos directos en que, de manera efectiva, debió incurrir el contratista para ejecutar la obra encomendada.

Para ese propósito no bastaba el simple cotejo de dos indicadores de incremento de precios de construcción proyectados durante el período de ejecución contractual. A diferencia de lo sugerido por el apelante, resultaba indispensable demostrar el costo real de su ejecución⁸⁰ y que éste excedió de manera considerable la fórmula de conservación de precios estipulada por las partes, actividad probatoria que en el caso no se llevó a cabo.

Así las cosas, la Sala no accederá al reconocimiento de los valores pretendidos por concepto de inoperancia de la fórmula de reajuste de precios.

5.4) Pago del valor del ajuste definitivo correspondiente al acta No. 18

⁸⁰ Sentencia proferida por la Subsección A del Consejo de Estado, el 29 de julio de 2015, dentro del expediente No. 41.008, C.P. (E) Hernán Andrade Rincón. *“Sin embargo, las anteriores evidencias por sí solas no acreditan que para el caso concreto del negocio jurídico identificado con el número 233, el demandante se hubiera visto afectado por el alto incremento de los costos del asfalto sólido presentado en el año 2000, pues para la demostración del grado de impacto en la economía del referido contrato por cuenta del aumento de precios, era indispensable acreditar el valor real que le costó la adquisición de ese producto. En otras palabras, no bastaba con acreditar, a través de los listados de precios oficiales el valor del asfalto para esa fecha, sino que debía demostrarse cuánto pagó el contratista por el mismo”*.

Prima facie a analizar la cuestión que sigue, debe aclararse que la entidad demandada no apeló lo atinente a la condena reconocida por valor del Acta de Reajuste No. 18. También se pone de presente que la impugnación formulada por la parte actora en relación con este aspecto versó únicamente respecto de la forma en que la misma fue actualizada y respecto de la falta de reconocimiento de intereses sobre el valor reconocido por reajuste de la aludida acta.

Como consecuencia, la Sala se pronunciará exclusivamente frente al tema de alzada, partiendo de la base de que no hay discusión frente al valor histórico que por este concepto se reconoció por el Tribunal de primera instancia, el cual ascendió a \$21'262.259.

Ahora bien, manifestó el libelista, por un lado, que el índice inicial con base en el cual debía calcularse la respectiva actualización correspondía al de febrero de 1993, por ser esa la fecha de ejecución del Contrato y, por otro, que sobre el valor histórico actualizado debió reconocerse un interés equivalente al 12% anual de conformidad con lo previsto en la Ley 80 de 1993.

En relación con el primer cargo de censura, la Sala estima necesario variar el índice inicial acogido por el Tribunal. Sin embargo, tal decisión no está llamada a adoptarse con apoyo en los motivos que esgrime el recurrente, alusivos a la necesidad de situar el IPC inicial en febrero de 1993 por ser la época de ejecución de las obras, sino porque el factor temporal adoptado por la primera instancia no siguió las reglas de oportunidad de desembolso de los pagos previstas en el contrato.

En efecto, con sujeción a lo acordado en la cláusula séptima del texto contractual, el saldo⁸¹ le sería entregado al contratista dentro de los 90 días hábiles siguientes a la fecha de presentación de la respectiva cuenta de cobro. Siguiendo ese orden, se tiene que el 30 de septiembre de 1997⁸² el consorcio presentó ante la entidad la cuenta de cobro correspondiente al acta No. 18 por valor de \$62'761.488, 26, valor que coincide con el registrado en el acta de ajuste automático de precios No. 18⁸³.

De ahí que el pago del respectivo reajuste procedía a los 90 días hábiles de la

⁸¹ Ese era el último pago pendiente. Solo fueron 18 actas.

⁸² Folio 697 C2.

⁸³ Folios 1044 C3.

presentación de la cuenta de cobro, plazo que se vencía el 12 de febrero de 1998 siendo esta la fecha a considerar como índice inicial en la fórmula de actualización.

Con todo, le asiste razón al apelante en lo que atañe al método empleado para la actualización, por cuanto, en efecto, el a quo utilizó dos series distintas de empalme del índice de precios al consumidor, en lugar de utilizar una sola serie de tiempo como corresponde⁸⁴.

En lo atinente a este aspecto cabe resaltar que para obtener la indexación correspondiente de las sumas debidas no es necesario acudir a la técnica que sugiere el libelista consistente en efectuar dos operaciones separadas con base en las dos series de empalme que tuvo en consideración el a quo, dado que el procedimiento planteado por el recurrente arrojaría el mismo resultado obtenido luego de realizar la actualización con fundamento en una misma serie de tiempo como a continuación se precisa:

Ciertamente a propósito de esta cuestión resulta menester indicar que actualmente existe una serie de tiempo elaborada por el Banco de la República⁸⁵ (serie histórica para un rango de fechas dado) que recoge los datos numéricos unificados y proyectados desde el año 1954 por períodos regulares, comprensivos de los índices mensuales y la variación porcentual mensual, año corrido y anual del IPC⁸⁶ y cuyo propósito consistió precisamente en actualizar hacia atrás y hacia adelante las cifras que determinan mes a mes la fluctuación del índice de precios al consumidor, a través de la homogenización de las variables que reflejan el comportamiento del mercado en diferentes puntos del tiempo.

Igualmente se pone de relieve que el Banco de la República en su sitio oficial ha publicado la información que suministra los índices de variación porcentual, uniendo y recalculando las series que ha utilizado el DANE en las últimas seis décadas. Dicha información resulta idónea para ser utilizada en forma confiable puesto que

⁸⁴ Es indispensable para este propósito utilizar una sola serie de tiempo que abarque el período correspondiente al índice inicial y al índice final.

⁸⁵ Banrep.gov.co. Índices de precios al consumidor (IPC) Total Nacional – Serie Histórica para un rango de fechas dado. Índice y variación porcentual mensual, año corrido y anual. Base diciembre de 2008 =100. Información disponible desde julio de 1954.

⁸⁶ *Ibíd.* “El índice de precios al consumidor (IPC) mide la evolución del costo promedio de una canasta de bienes y servicios representativa del consumo final de los hogares, expresado en relación con un período base. La variación porcentual del IPC entre dos periodos de tiempo representa la inflación observada en dicho lapso”.

empalma en una sola serie de tiempo los datos que se han registrado en un período continuo, sin distorsionar los resultados frente a los que se obtendrían por la utilización de los distintos modelos y períodos base utilizados históricamente por el DANE⁸⁷.

En consideración a lo acotado la Sala acogerá los datos extraídos de la serie histórica de tiempo elaborada por el Banco de la República con fundamento en los indicadores del DANE, en tanto allí se registra de manera secuencial el período inicial y final que interesa para estos efectos.

Con apoyo en las reflexiones que anteceden, la fórmula de actualización es la siguiente:

$$Vp = \frac{Vh \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Vp: Corresponde al valor presente

Vh: Es el valor histórico o inicial (\$21'262.259)

Índice Final: Es el IPC vigente a la fecha del presente fallo agosto 2016=132,85

Índice inicial: Es el IPC vigente a la fecha en que debió efectuarse el pago del reajuste (febrero 1998) = 47,01

$$Vp = \frac{\$21'262.259 \times 132,85}{47,01} = \$ 60'087.026,33$$

$$Vp = \$ 60'087.026,33$$

Ahora bien, en lo concerniente al pago de intereses sobre la anterior suma de dinero, la Sala aclara que aun cuando el contrato sub examine fue gobernado por del Decreto-ley 222 por ser la norma vigente al tiempo en que inició el proceso de selección que le dio origen y la que se encontraba en vigor a la fecha de su celebración, no puede perderse de vista que ante el silencio de las partes en relación

⁸⁷ MANUAL DEL ÍNDICE DE PRECIOS AL CONSUMIDOR (TEORÍA Y PRÁCTICA) 15.32 El enfoque de la teoría de los números índice adoptado aquí consistió en considerar promedios de diversos tipos de índices de precios de canasta fija. "Sin embargo, es poco probable que se trate de un problema grave en el contexto de las series temporales, cuando los cambios que ocurren en los vectores de cantidades entre un período y el otro son leves". Copyright © 2006 Organización Internacional del Trabajo / Fondo Monetario Internacional / Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos / Oficina Estadística de las Comunidades Europeas / Naciones Unidas / Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento / Banco Mundial, fuente: http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/fichas/cpi_sp.pdf, fecha de consulta agosto 2 de 2016.

con el pacto de intereses y a la luz de lo dispuesto por el artículo 38, numeral 2, de la Ley 153 de 1887, los intereses moratorios deben liquidarse de conformidad con la norma vigente al momento de la infracción⁸⁸.

Igualmente, vale anotarse que en el caso del pago del reajuste del Acta No. 18 procede el reconocimiento de intereses moratorios en cuanto su desembolso incompleto, derivado de la equivocada aplicación del índice previsto en el acuerdo de voluntades, configuró un incumplimiento contractual parcial de la obligación principal de la entidad consistente en el pago de las actas de obra en la fecha y cuantía acordada.

Así pues, comoquiera que la mora en el pago del reajuste contenido en el Acta No. 18 se produjo a partir del 13 de febrero de 1998, época para la cual se encontraba en pleno vigor la Ley 80 de 1993, procede el pago de los respectivos intereses moratorios en los términos señalados por el Estatuto de Contratación Estatal en referencia, pues se reitera, no existió convenio expreso frente a la tasa aplicable.

Para calcularlos, el monto correspondiente se liquidará con el 12% anual o proporcional por fracción de tiempo, de acuerdo con la fórmula tradicionalmente utilizada por el Consejo de Estado, siguiendo los dictados del artículo 1^o⁸⁹ del Decreto 679 de 1994, hoy sustituido por el artículo 2.2.1.1.2.4.2 del Decreto 1082 de 2015, la cual arroja el siguiente resultado:

Valor	Periodo de mora	Variación anual del IPC correspondiente e al año anterior del período de mora⁹⁰	Valor actualizado al cierre del período⁹¹	Intereses (12% anual)
--------------	------------------------	---	---	------------------------------

⁸⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, 12 de julio de 2012, Expediente: 15024, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

⁸⁹ "Artículo 1°. Para determinar el valor histórico actualizado a que se refiere el artículo 4, numeral 8 de la Ley 80 de 1993, se aplicará a la suma debida por cada año de mora el incremento del índice de precios al consumidor entre el 1° de enero y el 31 de diciembre del año anterior. En el evento de que no haya transcurrido un año completo o se trate de fracciones de año, la actualización se hará en proporción a los días transcurridos".

⁹⁰ Fuente: <http://obiee.banrep.gov.co>.

⁹¹ Valor inicio de período + valor incremento anual.

\$21'262.259,00	13 de febrero de 1998 – 31 de diciembre de 1998	14,10 ⁹² (fracción proporción incremento IPC del corrido del año 1997 17,68).	\$24'260.237,52	\$2'547.324,94 Calculado sobre 10,5% equivalente a la fracción de la mora anual que comprende desde el 13 de febrero de 1998 (día siguiente a aquel en que debió pagarse el acta) al 31 de diciembre de ese año
\$24'260.237,52	1 de enero de 1999 - 31 de diciembre de 1999	16,7	\$28'311.697,18	\$3'397.403,66
\$28'311.697,18	1 de enero de 2000 - 31 de diciembre de 2000	9,23	\$30'924.866,83	\$3'710.984,02
\$30'924.866,83	1 de enero de 2001 - 31	8,75	\$33'630.792,68	\$4'035.695,12

⁹² Cálculo de la fracción = 17.68% (Variación IPC 1997) – 1,65% (Variación IPC enero 1997) – 1,928% (Variación IPC fracción febrero = 4.82% (Variación IPC febrero 1997) /30 x 12 (número de días antes del inicio de la mora)) = 14.10%

	de diciembr e de 2001			
\$33'630.792,6 8	1 de enero de 2002 – 31 de diciembr e de 2002	7,65	\$36'203.548,3 2	\$4'344.425,8 0
\$36'203.548,3 2	1 de enero de 2003- 31 de diciembr e de 2003	6,99	\$38'734.176,3 5	\$4'648.101,1 6
\$38'734.176,3 5	1 de enero de 2004- 31 de diciembr e de 2004	6,49	\$41'248.024,4 0	\$4'949.762,9 3
\$41'248.024,4 0	1 de enero de 2005 – 31 de diciembr e de 2005	5,5	\$43'516.665,7 4	\$5'221.999,8 9
\$43'516.665,7 4	1 de enero de 2006 – 31 de diciembr e de 2006	4,85	\$45'627.224,0 3	\$5'475.266,8 8
\$45'627.224,0 3	1 de enero de 2007 – 31	4,48	\$47'671.323,6 6	\$5'720.558,8 4

	de diciembr e de 2007			
\$47'671.323,6 6	1 de enero de 2008 – 31 de diciembr e de 2008	5,69	\$50'383.821,9 8	\$6'046.058,6 4
\$50'383.821,9 8	1 de enero de 2009 – 31 de enero de 2009	7,67	\$54'248.261,1 2	\$6'509.791,3 3
\$54'248.261,1 2	1 de enero de 2010- 31 de diciembr e de 2010	2,00	\$55'333.226,3 5	\$6'639.987,1 6
\$55'333.226,3 5	1 de enero de 2011- 31 de diciembr e de 2011	3,17	\$57'087.289,6 2	\$6'850.474,7 5
\$57'087.289,6 2	1 de enero de 2012-31 de enero de 2012	3,73	\$59'216.645,5 3	\$7'105.997,4 6
\$59'216.645,5 3	1 de enero de 2013 - 31 de	2,44	\$60'661.531,6 8	\$7'279.383,8 0

	diciembre de 2013			
\$60'661.531,68	1 de enero de 2014 – 31 de diciembre de 2014	1,94	\$61'838.365,39	\$7'420.603,85
\$61'838.365,39	1 de enero de 2015 – 31 de diciembre de 2015	3,66	\$64'101.649,56	\$7'692.197,95
\$64'101.649,56	1 de enero de 2016 – 31 de julio de 2016	3,52⁹³	\$66'358.027,63	\$6'370.370,65 Calculado sobre 9,6 %⁹⁴ (fracción de lo corrido del año)
Total intereses				\$105'966.388

Valor total de los intereses moratorios derivados del pago incompleto del acta de reajuste No. 18 = **\$105'966.388,84**

5.5) De la actualización de las sumas reconocidas por concepto de sobrecarreo del ítem empradización y el valor del revestimiento con mortero del canal.

Continuando con el mismo razonamiento que acaba de plantearse respecto del método de actualización de la suma debida por Acta de Reajuste No. 18, la Sala procede a indexar, tomando como referente para el índice inicial el mes en que

⁹³ Variación IPC del corrido del año hasta el 20 de septiembre de 2015.

debió liquidarse el contrato (junio de 1997) y como índice final la fecha de la presente sentencia.

- a) Respecto del valor de sobreacarreo del ítem empradización el valor que se debe actualizar corresponde a **\$44'097.389,27**.

$$Vp = \frac{Vh \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Vp: Corresponde al valor presente

Vh: Es el valor histórico o inicial (**\$44'097.389,27**)

Índice Final: Es el IPC vigente a la fecha del presente fallo (agosto de 2016) = 132,85.

Índice inicial: Es el IPC vigente a la fecha en que debió liquidarse el contrato (junio de 1997) = 42,27

$$Vp = \frac{\$44'097.389,27 \times 132,85}{42,27} = \mathbf{\$138'593.284,33}$$

$$Vp = \mathbf{\$138'593.284,33}$$

- b) La suma correspondiente a la actividad de revestimiento de canal con mortero se tasó en **\$30'407.547,24**.

$$Vp = \frac{Vh \times \text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Vp: Corresponde al valor presente

Vh: Es el valor histórico o inicial (**\$30'407.547,24**)

Índice Final: Es el IPC vigente a la fecha del presente fallo (agosto de 2016) = 132,85

Índice inicial: Es el IPC vigente a la fecha en que debió liquidarse el contrato (junio de 1997) = 42,27.

$$Vp = \frac{\$30'407.547,24 \times 132,85}{42,27} = \mathbf{\$ 95'567.604,70}$$

Vp= **\$95'567.604,70**

Ahora bien, sobre los valores que acaban de actualizarse la Sala no estima ajustado el reconocimiento de intereses moratorios en tanto la exigibilidad de su pago se deriva de la presente condena.

Es claro que, a diferencia de lo ocurre en el caso del reajuste del Acta No. 18, en este evento no existía certeza sobre el surgimiento de la obligación de pago de los valores reclamados, dado que fue materia de constante discusión entre las partes a tal punto que solo a partir de la presente decisión y luego del recaudo y de la valoración de las pruebas que acreditaron su causación se originó el derecho del demandante a percibirlos. Fue en este escenario judicial en medio del cual se determinó la efectiva existencia de la obligación de su desembolso a cargo de la entidad pública, por manera que hasta antes de este momento no podía predicarse mora alguna en su contra.

Conclusión

Los valores que se deben reconocer en favor de la parte actora se condensan en el siguiente cuadro:

Concepto	Valor
Valor del acta de reajuste No. 18	\$ 60'087.026,33
Intereses moratorios sobre la suma adeuda por el acta de reajuste No. 18	\$105'966.388,84
Valor de sobrecarreo del ítem empadrización	\$138'593.284,33
Valor de la actividad consistente en el revestimiento de canal con mortero	\$ 95'567.604,70
Total a reconocer	\$400'214.304,2

6) Costas

De conformidad con lo previsto en la Ley 446 de 1998, en este asunto no hay lugar a la imposición de costas por cuanto no se evidencia en el subexamine que alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

1.- PRIMERO: ACEPTAR el impedimento manifestado por el doctor Carlos Alberto Zambrano Barrera, por lo que, en consecuencia, queda separado del conocimiento del presente asunto.

2.- MODIFICAR, por las razones expuestas, la sentencia proferida el once (11) de marzo de dos mil catorce (2014) por el Tribunal Administrativo del Tolima y en su lugar se dispone:

***“PRIMERO.** Declarar la responsabilidad contractual del Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras, posteriormente denominado Instituto Nacional de Adecuación de Tierras INAT – liquidado, en el cumplimiento del negocio jurídico identificado con el No. 313 de 1993, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

***“SEGUNDO.** – Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR del Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras, posteriormente denominado Instituto Nacional de Adecuación de Tierras INAT – liquidado a reconocer y pagar al consorcio Construcciones Sigma Ltda. Valdivieso y Franco Asociados y Compañía Ltda. la suma de CUATROCIENTOS MILLONES DOSCIENTOS CATORCE MIL TRESCIENTOS CUATRO PESOS CON DOS CENTAVOS (**\$400'214.304,2**), con fundamento en las razones que anteceden.*

***“TERCERO.** - Negar las demás pretensiones de la demanda.*

***“CUARTO.** - Sin condena en costas.*

***“QUINTO.** - La condena impuesta se sujetará a lo dispuesto en el artículo 177 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.*

***“SEXTO.** - Por Secretaría, expídanse las copias del presente fallo y las constancias que ordena la ley”.*

2.-Sin condena en costas.

3.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO